3 2044 103 221 388

Digitized by Google

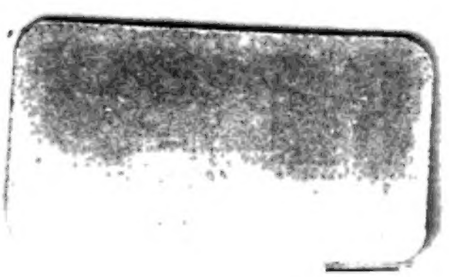
HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

System

des

deutschen Strafrechts

von

C. Reinhold Köstlin.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil.

Tübingen, 1855.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —

Digitized by Google

System

des

deutschen Strafrechts

von

C. Reinhold Köstlin.

Allgemeiner Theil.

Tübingen, 1855.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —

GER. 980 KOE

Digitized by Google

Jer W
R-7876 s

MAY 25 1922

Druck von H. Laupp jr.

Digitized by Google

Vorwort.

Das System des deutschen Strafrechts, wovon hier zunächst der allgemeine Theil [1]) vorliegt, ruht im Ganzen auf der Grundlage meiner neuen Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Daß es gleichwohl wiederholt reiflich durchdacht worden ist und zum Theil wesentliche Abänderungen erfahren hat, wird leicht bemerkt werden.

Angesichts der ungemein reichen Entwicklung, welche seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts dem Strafrechte mehr als einem andern Rechtstheile durch Wissenschaft und Gesetzgebung zu Theil geworden ist und ein so massenhaftes Material zu Tage gefördert hat, schien mir vor Allem ein festgeschlossenes, auf sicherem Fundamente ruhendes System Bedürfniß zu sein. Daß darüber die geschichtliche Entwicklung nicht, wie Uebelwollende es mir zugetraut haben mögen, zu kurz gekommen ist, lehrt der Augenschein. Unpartheiische Beurtheiler werden ohne Zweifel finden, daß man in dieser Beziehung dem wahren Bedürfnisse hinreichend entsprechen kann, ohne zu der Koterie der Historiker vom reinsten Wasser zu gehören.

Natürlich handelte es sich jedoch hier nicht um die Rechtsgeschichte als solche, sondern die geschichtliche Entwicklung diente vor Allem dem Zwecke, den heutigen Rechtszustand zu erklären. Dies nämlich, die anschauliche Schilderung und geschichtliche Begründung des heutigen Rechtszustands erschien mir nächst der prinzipiellen Konstruktion als die dringendste, auf dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft noch nicht genügend gelöste Aufgabe.

Daß ich mich keiner Anmaßung gegenüber von andern Bearbeitern

---

1) Zur Vermeidung von Mißverständnissen bemerke ich, daß ich einige Punkte, wie die Frage: ob und inwiefern es ein gemeines deutsches Strafrecht gebe, desgleichen die Aufzählung der Quellen des gemeinen und partikulären Strafrechts nebst Angabe der Literatur darüber in eine geschichtliche Einleitung verwiesen habe, die ich der Raumersparniß halber vorläufig nicht beifüge. Die fraglichen Punkte gehören nach meiner Ansicht nicht in das System selbst, da sie ohne die dazu gehörige genauere geschichtliche Entwicklung nur eine unverständliche Notizensammlung bilden.

Digitized by Google

des gleichen Fehdes ſchuldig gemacht und jedes wahre Verdienſt willig und neidlos anerkannt habe, zeigt das Buch zur Genüge. Um ſo unbefangener werde ich es ausſprechen dürfen, daß ich gerade in den vorgedachten Beziehungen das bisher Geleiſtete den Anforderungen, wie ſie heutigen Tags mit Recht gemacht werden dürfen, nicht entſprechend gefunden habe. Zunächſt den Anforderungen für den Unterricht, noch weit mehr aber denen, welche die Männer der Praxis und die zur Theilnahme an den Arbeiten der Geſetzgebung Berufenen an eine Darſtellung des deutſchen Strafrechts in unſern Tagen zu ſtellen befugt ſind. In keiner Weiſe kann offenbar eine dogmatiſche Darſtellung des ſogen. gemeinen deutſchen Strafrechts als eines praktiſchen mehr befriedigen, wie ſie bis jetzt herkömmlich war. Denn die lebendige Wirklichkeit dieſer, ohnedies tauſendfach kontroverſen, Abſtraktionen aus dem Entwicklungsgang der modernen Wiſſenſchaft, wobei die unendlich reiche Entfaltung der Geſetzgebung ſeit 100 Jahren als Nebenſache im Schlepptau mitgenommen wird, iſt eine heilloſe und troſtloſe Täuſchung, welche die wahre Erkenntniß des Lebens der ſtrafrechtlichen Idee in der Gegenwart geradezu verhindert und unterdrückt, und den unſeligen Zwieſpalt zwiſchen Theorie und Praxis, an deſſen Heilung um jeden Preis gearbeitet werden ſollte, nur noch befeſtigt. Begreiflicher Weiſe werden, je mehr die neuere Geſetzgebung ſich einlebt, für die Praxis jene dogmatiſchen Darſtellungen immer fremdartiger und unbrauchbarer und ſie ſieht ſich mehr und mehr in den Kreis der partikularrechtlichen Literatur der legislativen Arbeiten, Kommentare, Zeitſchriften ꝛc. hineingedrängt, welche bei allem hie und da anerkennenswerth hervortretenden Beſtreben, das Band der nationalen Einheit feſtzuhalten, doch nothwendig ihren Schwerpunkt in der Beſonderheit hat. Für den Studirenden zwar ſcheint jene dogmatiſche Verarbeitung des ſog. gemeinen Rechts minder ſchädlich oder wenigſtens unnütz zu ſein, da ſie ihm jedenfalls ein reiches Material von Wiſſen liefert, an dem er nie ſchwer tragen wird, ſoviel auch Halbwiſſer gegen die Schulweisheit eifern mögen. Gleichwohl iſt es auch für ihn höchſt bedenklich, wenn er die Wiſſenſchaft zuerſt in einer Geſtalt kennen lernt, in der ſie gegen die lebendige Wirklichkeit, wenn nicht feindlich, ſo doch ſpröd und vornehm, jedenfalls unverantwortlich gleichgiltig iſt. Aber noch mehr, jenes Ignoriren der neueren Geſetzgebung, ihre mindeſtens ſtiefmütterliche Behandlung iſt der gemeinrechtlichen Doktrin ſelbſt zum Verderben geworden; ſie hat ſich dadurch um einen reichen

Digitized by Google

Schatz von fruchtbaren Gedanken und bedeutenden Entwicklungsmomenten ärmer gemacht, die auf jenem Wege zur Geltung und von dort aus in die Feuerprobe der praktischen Anwendung gekommen sind. In der That, die Entwicklung der Gesetzgebung seit dem Cod. Maximil. v. 1751 bis zum bairischen Entwurf v. 1854 ist nichts, was sich ungestraft vernachlässigen läßt. Eine Doktrin, die sie ignorirt, oder doch nur nothdürftig herablassende Rücksicht darauf nimmt, unterbindet sich selbst die reichste Lebensader und wird von der Praxis mit Recht als eine fleche précieuse ridicule über die Achsel angesehen [1]).

Es war daher dringend geboten, mit der traditionellen Illusion eines praktischen gemeinen deutschen Strafrechts zu brechen und den heutigen Rechtszustand in seiner partikularistischen Wirklichkeit mit soviel Verlässigkeit und Vollständigkeit, als möglich war, zu schildern. Die wenigen kleinen Gebiete, denen noch eine neue Gesetzgebung fehlt, mußten dabei begreiflicher Weise zu kurz kommen; indessen wird damit wenig gefehlt sein, da einigen derselben die Annahme einer bereits in Geltung befindlichen Nachbargesetzgebung in Aussicht steht (z. B. für Frankfurt das hessische Gesetzbuch), von andern die Entwürfe vielfach berücksichtigt worden sind (z. B. von Mecklenburg, Kurhessen, Hamburg). Dafür sind die neuen Gesetzgebungen einiger Schweizer Kantone beigezogen, und das französische Recht mit all der Rücksicht behandelt worden, die es sowohl an sich, als wegen seines Einflusses auf Deutschland in so hohem Grade verdient. Natürlich konnte aber eine leichtzubeschaffende encyklopädische Uebersicht (im Sinne derjenigen, welche „in vergleichender Jurisprudenz machen" und einen Notizenkram für eine wissenschaftliche Arbeit halten) nicht genügen. Vielmehr kam es darauf an, soweit der beschränkte Raum es irgend gestattete, ein deutliches Bild von dem herrschenden Rechtszustande unter sorgfältiger Benützung der Kommentare und einer gewählten partikularrechtlichen Literatur zu entwerfen, und namentlich auf zweifelhafte Fragen und Streitpunkte hinzuweisen, die sich in dem einen oder andern Lande erhoben haben, und deren Kenntniß auch für die Juristen der übrigen von Interesse sein kann. Das Buch dürfte sich daher theils zum Gebrauche bei Vorlesungen, theils — und zwar besonders — als Handbuch für Praktiker, die nicht an der Scholle kleben, geeignet darstellen. Denn es ist wahrlich sehr an der Zeit, dem Isolirtrieb der partikulari-

1) s. meine Artikel in Arndt's Germania I. S. 679—700. II. S. 392—427. 573—608.

ſtiſchen Jurisprudenz zu ſteuern und dem Juriſten des einen deutſchen Landes den Einblick in die Geſetzgebung und Praxis der übrigen ſtets offen zu erhalten. Daß in dieſer Beziehung die Arbeit freilich manche Lücke, wohl auch den einen oder andern Irrthum enthalten werde, ſage ich mir ſelbſt. Für Belehrung werde ich ſehr dankbar ſein, hoffe aber auch, daß man mein gewiſſenhaftes Streben anerkennen werde, ſoviel zu thun, als mir unter beſchränkten Verhältniſſen möglich war. Hämiſche Herabwürdigung meiner Leiſtungen werde ich, wie bisher, durch die gebührende volle Verachtung ſtrafen.

Wenn nun aber das aus der Entwicklung der neueren Wiſſenſchaft abſtrahirte ſog. gemeine deutſche Strafrecht hier preisgegeben wird, ſo iſt damit jene Entwicklung ſelbſt keineswegs bei Seite geſetzt worden. Im Gegentheil iſt auf ſie das Hauptgewicht gelegt und der praktiſche Zuſtand als ihre Konſequenz aufgezeigt worden. Allein dies konnte nur dadurch geſchehen, daß die gemeinrechtliche Wiſſenſchaft ihre richtige Stellung als geſchichtlicher Prozeß erhielt, in welcher ſie die unentbehrliche Grundlage und Vorausſetzung alles modernen Strafrechts in Deutſchland bildet. Nur freilich begnügt ſich die vorliegende Darſtellung nicht damit, die neuere Wiſſenſchaft (etwa ſeit dem Ende des vorigen Jahrhunderts) als eine ſelbſt vorausſetzungsloſe Erſcheinung aufzunehmen, ſondern bemüht ſich überall, den dogmengeſchichtlichen wie den rechtsgeſchichtlichen Faden ſoweit zurückzuführen, als es irgend mit Verläßigkeit geſchehen kann.

Daß hiemit das gemeinrechtliche Element nicht hinter dem partikularrechtlichen zurückgeſetzt iſt, liegt auf der Hand. Es iſt nur in einem Punkte, in welchem ſeit einem Jahrhundert fromme Lüge und Selbſttäuſchung zum Syſteme geworden iſt, der Wahrheit die Ehre gegeben. Der heiligen Sache der Verwirklichung des Gedankens eines nationalen deutſchen Rechts glaubte ich ſo beſſer zu dienen, als wenn ich Angeſichts des offenbaren Siegs der Rechtsbeſonderheit die Einheit geheuchelt hätte. Ja, ich ſehe in dieſer partikulariſtiſchen Kodifikation ſelbſt, ſo ſehr ſie für den Augenblick die Kräfte aufreibt, einen reinen Gewinn für die künftige Verwirklichung der deutſchen Rechtseinheit, und jeder wird mir beiſtimmen, der den aus dieſer Mannigfaltigkeit ſich entbindenden Gedankenreichthum mit der geiſtreichen Einſeitigkeit der rechtseinheitlichen franzöſiſchen Literatur vergleicht.

Tübingen, 1. Juni 1854.

C. Reinhold Köſtlin.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung. §. 1—3. 1

Erster Theil. Das Verbrechen. §. 4. 3

Erstes Kapitel. Die Rechtsverletzung. §. 5. 3

Erster Abschnitt. Substantielles Moment. §. 6—8. 3

Zweiter Abschnitt. Moment der Erscheinung. §. 9. 5

I. Die Positivität des Rechts. §. 10. 11. 5

1. Das positive Recht. §. 12—15. 5

2. Das Recht als Sache des gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls (Polizeiübertretungen). §. 16—20. 16

3. Der Staat. §. 21. 27

A) Die Beziehung des Verbrechens auf die Strafgesetze eines bestimmten Staats. §. 22. 28

a) Umfang der Strafgesetze. §. 23. 28

b) Einfluß der Zeit. §. 24. 48

c) Auslegung und Ergänzung der Strafgesetze. §. 25. . . . 55

B) Die Grenzen der strafrechtlichen Wirksamkeit des Staats. §. 26. 64

C) Ausschließlichkeit der Rechtspflege des Staats in seiner eigenthümlichen Sphäre (Nothwehr). §. 27—30. 73

II. Besonderung des Rechts dem Inhalt nach. §. 31. 32. 96

Dritter Abschnitt. Konkreter Inhalt des Verbrechens als Rechtsverletzung. §. 33. 97

I. In formeller Hinsicht. §. 34. 97

II. In materieller Hinsicht (Schadensersatz. Volenti non fit injuria. Nothstand). §. 35—37. 97

Zweites Kapitel. Die Handlung. §. 38. 119

Erster Abschnitt. Nothwendigkeit der Handlung als Form. §. 39. 40. 119

*

Seite

Zweiter Abschnitt. Möglichkeit der (freien) Handlung. §. 41. . 123

I. Der Begriff der Freiheit. §. 42. 123

II. Die Verwirklichung der Freiheit im Gegensatze zur Nothwendigkeit. §. 43—47. 124

III. Die Zurechnungsfähigkeit. §. 48—55. 128

Dritter Abschnitt. Die Wirklichkeit der Handlung. §. 56. 57. . 156

I. Der Wille. §. 58. 158

A) Vorsatz und Zufall. §. 59—63. 158

B) Versehen (culpa). §. 64—69. 164

C) Absicht (dolus). §. 70. 181

1) Mittelstufen zwischen culpa und dolus. §. 71. 72. . . . 182

2) Formelle Absicht (dolus). §. 73—77. 190

3) Materielle Absicht (Zweck). §. 78. 210

II. Die That. §. 79. 210

A) Geschehen und bloßer Wille. §. 80. 211

B) Versuch. §. 81—86. 214

C) Die Vollendung. §. 87. 88. 251

III. Das handelnde Subjekt. §. 89. 255

A) Urheberschaft und Begünstigung. §. 90. 91. 257

B) Beihilfe und intellektuelle Urheberschaft. §. 92. 270

1) Beihilfe. §. 93—95. 275

2) Intellektuelle Urheberschaft. §. 96—101. 299

C) Miturheberschaft. §. 102. 334

1) Zufällige Miturheberschaft. §. 103. 335

2) Komplott. §. 104—108. 338

3) Bande. §. 109. 110. 357

Drittes Kapitel. Begriff oder allgemeiner Thatbestand des Verbrechens (Rechtsunwissenheit). §. 111—113. 363

Zweiter Theil. Die Strafe und ihre Surrogate. §. 114. 386

Erstes Kapitel. Die Strafe (Strafrechtstheorieen). §. 115. 386

Erster Abschnitt. Begriff der Strafe. §. 116—118. 387

Zweiter Abschnitt. Die Zwecke der Strafe. §. 119. 120. . . 395

Dritter Abschnitt. Das Prinzip der Strafe (und die Strafarten). §. 121—125. 413

Zweites Kapitel. Der Tod des Verbrechers. §. 126. 475

Drittes Kapitel. Die Verjährung. §. 127—131. 481

Anhang. Verzicht auf die Klage. 513

Dritter Theil. Die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen. §. 132. 531

Erstes Kapitel. Die Strafgesetzgebung. §. 133. 134. 532

Zweites Kapitel. Die Strafrechtspflege. §. 135. 534

Digitized by Google

Seite

A) Das Gesetz als absolute Schranke (Verbrechenskonkurrenz, Anrechnung unverschuldeter Uebel, Strafverwandlung). §. 136—140. 534

B) Das richterliche Ermessen. §. 141. 582

C) Die gesetzliche Begrenzung des richterlichen Ermessens (Strafzumessung und Strafänderung). §. 142. 587

Drittes Kapitel. Die Begnadigung. §. 143—148. 632

Digitized by Google

Berichtigungen.

Es sind einige Bestimmungen der hannövr. Strafpr.O. übersehen geblieben. Hiernach ist

zu S. 489. 490 der §. 49 dieses Gesetzes zu bemerken, gemäß welchem die im StrafGB. Art. 89. nr. 4 enthaltene Vorschrift auf die Verjährung der Befugniß, Untersuchung zu beantragen, beschränkt wird und nach rechtzeitiger Anbringung des Antrags für die Verjährung der Strafe selbst (?) die Fristen des (StrafGB.) Art. 89, nr. 1—3 eintreten sollen.

Ferner modifizirt sich nach §. 39 der Strafpr.O. das

S. 515 zu not. 9 Gesagte, da im §. 39 ausdrücklich nur von „betheiligten Privatpersonen" die Rede ist; ferner

S. 517. not. 5, da im §. 39 Antrag, Verlangen und Anzeige als gleichbedeutend angegeben werden;

eb. not. 7, da nach §. 39 der Betheiligte seinen Antrag bis zum Beginn der öffentlichen Verhandlung zurücknehmen kann;

S. 520. not. 1. 5. S. 522. not. 1 u. 3 ist der §. 39 mit anzuführen; ebenso

zu S. 525. not. 1, sofern nach §. 39 die Staatsanwaltschaft, wenn der Betheiligte den Antrag gestellt hat, die öffentliche Klage gegen alle Urheber, Gehilfen und Begünstiger erheben kann, wenn auch der Antrag nur auf einzelne dieser Personen beschränkt war oder andre ausdrücklich ausgeschlossen hatte.

Zu vergleichen sind ferner §. 40 u. 43.

Einleitung.

§. 1. [§. 1. 2.]

Das Recht ist eine Form der Sittlichkeit. Was in subjektiver Form die Moral ist, das ist in objektiver Form das Recht. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Einheit des allgemeinen Willens mit dem des Einzelnen. Seine Eigenthümlichkeit andern sittlichen Mächten gegenüber liegt aber eben darin, daß es das äußere Leben der Gattung und ihr gesellschaftliches Zusammensein zu seiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechtes Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich des äußeren Daseins, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente (z. B. Religion, Wissenschaft ꝛc.), sobald sie diesen Boden betreten, unter den Typus des Rechtes fallen. N. Rev. S. 21—27. [1])

§. 2.

Das Unrecht ist das Gegentheil des Rechts; es muß daher darin bestehen, daß der Einzelwille in der Sphäre des äußern Daseins mit dem allgemeinen nicht identisch ist. Dieser Gegensatz verwirklicht sich aber in folgenden Stufen: 1) der Wille ist zunächst die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu sein oder dasselbe zu verletzen, — das bloß mögliche (polizeiliche) Unrecht [2]); — 2) der Einzelwille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf, aber noch ohne bestimmtes Bewußtsein dieses Unterschieds, — das bürgerliche Unrecht [3]); — 3) der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen wird zum bewußten Gegensatze, — das Verbrechen. N. Rev. S. 28—31.

Auch im Gebiete 2) giebt es eine Klasse von Unrecht, welches nicht mehr (mit Hegels sonst glücklichem Ausdruck) unbefangenes Unrecht genannt, gleichwohl aber auch nicht dem Verbrechen (Nr. 3) zugezählt werden kann. Dahin gehören alle die Fälle, wodurch eine in civilrechtlichem Sinne dolose oder kulpose

1) Vgl. Wächter Lb., §. 231, j. §. 62. 107. Luden Abh. II. 116—135, Hdb., I, 165 ff. Birnbaum N. Arch. 1834. S. 149 ff. 1837. 493 ff. und unten über Polizeivergehen. — Die nähere Bestimmung, welche Berner im N. Arch. 1849 S. 456 f. vorschlägt, führt zur Unbestimmtheit und ist keineswegs nöthig, da weder die Blasphemie, noch die Unzuchtsverbrechen bloße Verletzungen eines Prinzips sind. Geläugnet ist die Möglichkeit einer begriffsmäßigen Scheidung verschiedener sittlicher Sphären von Jarcke I. §. 16.

2) s. unten §. 18.

3) Luden Hdb. I. 18 n. 1. Mittermaier in den Annal. der Krim.-Rechtspflege VI. 21.

Handlungsweise — Frivolität, Eigenmächtigkeit, Leichtſinn, Trägheit u. drgl. Schadenerſatzpflicht begründet wird, ohne daß doch dem Schuldigen eine prinzipielle Entgegenſetzung ſeines Willens gegen das Recht als ſolches nachzuweiſen iſt, mit welchem er vielmehr, wenn auch auf der äußerſten Grenzlinie, immer noch ſich zu konformiren wünſcht und glaubt (ein noch wenig beachteter Punkt).

§. 3.

In allen ſeinen Formen iſt jedoch das Unrecht das in ſich ſelbſt Nichtige [1]), weil es der Begriff des Rechts iſt, das unbedingte Weſen aller in die äußere Exiſtenz fallenden Verhältniſſe zu ſein, hiegegen aber der Begriff des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein ſich ſelbſt Aufhebendes und ſein Gegentheil Forderndes iſt. Dieſe Forderung geſtaltet ſich aber verſchieden nach den Stufen des Unrechts. 1) Das erſt bloß mögliche Unrecht kann eben inſofern nicht Gegenſtand einer Wiederaufhebung ſein, ſondern nur die Thätigkeit des Schutzes und der Vorbeugung gegen ſich hervorrufen (Sicherheitspolizei [2]). 2) Dagegen iſt nun das bürgerliche Unrecht ein bereits in die Wirklichkeit getretenes und darum wiederaufzuhebendes. Da es jedoch ſeine Exiſtenz nicht im Willen, ſondern nur in der Sphäre des äußeren Daſeins hat, ſo genügt ſeine Wiederaufhebung in dieſer Sphäre, welche ſich als Vergütung des geſtifteten Schadens vollzieht (bürgerliche Rechtspflege). 3) Auch das peinliche Unrecht kann einen ſolchen äußeren Schaden ſtiften, der vergütet werden muß. Allein hier genügt es an dieſer Entſchädigung nicht. Da vielmehr dieſes Unrecht ſeine Exiſtenz weſentlich im Willen hat, ſo fordert es ſeine Wiederaufhebung auch in dieſer Sphäre (Strafrechtspflege [3]). N. Rev. S. 32—37.

Das abſtrakte Weſen des polizeilichen Unrechts iſt von ſeinem Hervortreten im Staate, womit die Polizeiſtrafgerichtsbarkeit zuſammenhängt, wohl zu unterſcheiden. ſ. unten. — Das Verhältniß der neueren deutſchen Geſetzgebungen zu dem §. 1 aufgeſtellten Begriff iſt als ein allmälig ſich annäherndes zu bezeichnen, da man immer mehr einſieht, daß der noch im Anf. dieſes Jahrhunderts herrſchend geweſene, vornämlich nur vom Privatrechte abgezogene und höchſtens durch Fiktionen ausgedehnte Rechtsbegriff ein zu enger iſt, der innerlich und äußerlich erweitert werden muß. Aeltere Rechtsquellen enthielten hier oft in ihrer Unbefangenheit viel Richtiges, wozu man erſt jetzt wieder zurückkehrt.

---

1) ſ. auch Schröter Hdb. §. 14.

2) ſ. N. Rev. S. 694 ff., vgl. Wirth Ethik II. 272 ff. Mohl Präventivjuſtiz, 2. Aufl. 1845 (zu S. 18 n. 2). Heffter im N. Arch. 1843. S. 124 n. 4. Literat. ſ. bei Mohl S. 56—63.

3) vgl. Hye Komm. S. 45—49, wo aber die Begriffsbeſtimmung des bürgerlichen Unrechts theils zu eng, theils zu weit, jedenfalls zu äußerlich gehalten iſt, dagegen hinſichtlich des peinlichen Unrechts und der Nothwendigkeit des Strafzwangs das Moment der Gemeingefährlichkeit in einer Weiſe eingemiſcht wird, die zu Verwirrungen Anlaß geben kann, ſ. u. §. 17.

Erſter Theil.

Das Verbrechen.

§. 4. [§. 4—6.]

Als eine Art des Unrechts (§. 2) beſteht das Verbrechen in einer Losreißung des Einzelwillens vom allgemeinen im Gebiete des äußern Daſeins. Hiemit iſt geſetzt 1) als Inhalt des Verbrechens die grundſätzliche Verletzung des Rechts, 2) als ſeine Form die Gegenſtändlichmachung des Willens im äußern Daſein, d. h. die Handlung; 3) beides zuſammen ergiebt den Begriff oder allgemeinen Thatbeſtand des Verbrechens.

Erſtes Kapitel.

Die Rechtsverletzung.

§. 5.

Den Inhalt des Verbrechens bildet die Verletzung des Rechts als ſolchen. Denn eben dadurch unterſcheidet es ſich von den übrigen Arten des Unrechts. Da nun aber (§. 1) das Recht die Sittlichkeit in der Form des äußern Daſeins iſt, ſo folgt, daß es eben auch nur in dieſer Form verletzt werden kann. Es iſt hiernach am Verbrechen a) ein ſubſtantielles Moment, und b) das Moment der Erſcheinung zu unterſcheiden; aber erſt c) die konkrete Einheit beider macht den vollen Inhalt des Verbrechens ſeinem Gegenſtande nach aus.

Erſter Abſchnitt.

Subſtantielles Moment.

§. 6.

Das Verbrechen hat im Gegenſatze zu jeder andern Art von Unrecht ſeine Eigenthümlichkeit darin, daß es nicht bloß gegen eine beſtimmte Erſcheinung des Rechts, ſondern gegen deſſen Weſen gerichtet iſt. Es negirt das Recht in ſeiner Allgemeinheit, es ſtellt

den Grundſatz in Frage, auf welchem das angegriffene beſondere Recht beruht. N. Rev. S. 40—43 [1]).

§. 7.

Das Weſen der Sittlichkeit iſt daſſelbe in allen ſeinen Formen [2]). Daraus folgt, daß eine Verletzung des Rechts als Rechts niemals moraliſche oder religiöſe Pflicht ſein kann [3]). Umgekehrt giebt es aber allerdings Verletzungen von Pflichten, welche keineswegs den Charakter von Rechtsverletzungen haben, weil die betreffende ſittliche Potenz nicht in den Kreis des äußern Daſeins fällt. N. Rev. §. 157. 158.

Erſtere Beſtimmung hat allerdings einen auf ſittlicher Grundlage beruhenden Staat zur Vorausſetzung. Wo es hieran oder wenigſtens an einer auf ſittlicher Grundlage beruhenden Staatsverwaltung fehlt, da können freilich für den Einzelnen Pflichtenkonflikte entſtehen, deren Löſung nicht mehr im Bereiche der Wiſſenſchaft liegt [4]). Die letztere Beſtimmung iſt — im entſchiedenen Gegenſatz zu den morgenländiſchen Rechten — von den abendländiſchen von jeher anerkannt worden. Die Ausnahme, welche das Bußrecht der chriſtlichen Kirche im Mittelalter machte [5]), erklärt ſich aus der geiſtlich-weltlichen Doppelnatur dieſes Rechts. Einſeitig aufgefaßt, läßt allerdings der Standpunkt des §. 6 die Grenze gegen die Moral verſchwinden [6]), wofür außer dem Strafrecht der chriſtlichen Kirche auch das auf der Grundlage antiker politiſcher Moral ruhende Strafrecht der römiſchen Republik Belege darbietet.

§. 8.

Als Rechtsverletzung muß nämlich das Verbrechen auch die dem Rechte ſeinem Weſen nach zukommende Beſtimmtheit annehmen. Die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz gegen das Recht muß ſich daher zum beſtimmten, äußerlich hervortretenden Akte beſondern. N. Rev. S. 44. 45.

---

1) Abegg Lb. §. 100. Da nun keine andere Art von Unrecht außer dem Verbrechen den Strafzwang hervorruft (§. 3), ſo fällt die Eigenſchaft der Rechtswidrigkeit beim Verbrechen mit der Eigenſchaft der Strafbarkeit zuſammen. A. M. Abegg ebend. §. 110. 111. Daß die Strafbarkeit ſich ſofort zur Strafgeſetzwidrigkeit fortbeſtimmen muß, darüber ſ. §. 10 ff. Selten wird gerade dieſes Hauptmoment richtig erkannt, ſelbſt von ſolchen, die im Allgemeinen der richtigen Anſicht folgen, ſo z. B. Heffter §. 8. Luden Hdb. I. 14—17.

2) Abegg im N. Arch. 1851. S. 106.

3) N. Rev. S. 608—612. vgl. Bair. G.B. Art. 39. Sächſ. Art. 68. Wirt. Art. 55. Anm. z. Bair. Gb. I. 141. Hufnagel I. 103. Breidenbach I. 2. S. 40—42. Hannövr. Gb. Art. 41. Braunſchw. §. 31. Bad. §. 74. Thüring. Art. 63, 3. Hye S. 215.

4) vgl. Socrates in Plato Crito. c. 11—17. Schleiermacher chriſtl. Sittenlehre S. 253.

5) ſ. die Pönitentialbücher bei Kunſtmann, Waſſerſchleben, Hildenbrand.

6) N. Rev. S. 45. Ueber den Unterſchied des Verbrechens von Immoralität ſ. Verweyde quatenus actiones virtutis legi contrariae delictis sint accens. 1828. Wichers disquis. loci qui est in C. poen. gall. de facinor. c. bonos mores. 1839. vgl. Luden Abh. II. 116 ff.

Zweiter Abſchnitt.

Moment der Erſcheinung.

§. 9. [§. 9—12.]

Dieſes Moment enthält ſelbſt wieder ein doppeltes: 1) die formelle Daſeinsbeſtimmtheit des Rechts überhaupt, — ſeine Poſitivität; 2) ſeine Beſonderung dem Inhalte nach.

I. Die Poſitivität des Rechts.

§. 10.

Der ſittliche Geiſt — in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht — iſt der Potenz nach im menſchlichen Geiſte geſetzt, aber eben nur als ein Keim, den die Willkühr nach Belieben entwickeln kann. Deßhalb muß er zugleich Formen annehmen, welche der menſchlichen Freiheit als unbedingte Normen des Wollens gegenüberſtehen [1]). Die angemeſſene Form dieſer Art für die Sphäre des objektiven Daſeins der Sittlichkeit (des Rechts) iſt die — des Geſetzes, welches gegen die Freiheit des Menſchen gleichgiltig, ſeine unbedingte Erfüllung verlangt und dieſe Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht. N. Rev. S. 640—644.

§. 11.

In dieſer Formbeſtimmtheit als Geſetz tritt das Recht in's Daſein und fällt a) als geſetztes (poſitives) Recht unter die Bedingungen des Raums und der Zeit; b) wird es eine Sache des geſellſchaftlichen Bedürfniſſes und Wohls; c) unterliegt es der Nothwendigkeit, einem beſtimmten Staate anzugehören.

1. Das poſitive Recht.

§. 12.

Als die abſolute Norm des objektiv Sittlichen iſt nun das Recht in der That ſchon ſeiner Natur gemäß ſtets in einer vom Einzelwillen unterſchieden Formbeſtimmtheit geſetzt, d. h. es iſt als die allgemeine Regel der dem geſellſchaftlichen Leben angehörigen Handlungen mehr oder minder beſtimmt für das Bewußtſein fixirt und als dieſe Regel bekannt. Durch dieſe Beſtimmtheit iſt es Geſetz (im w. S.), — poſitives Recht, und zwar auch ſchon in der Form der Sitte oder des Gewohnheitsrechts. N. Rev. §. 173. 174.

Als eigentliches Gewohnheitsrecht (im e. S.) kommt allerdings das Strafrecht ſeiner eigenthümlichen Natur nach nur in Zeiten unreifer Staatsbildung vor (ſ. z. B. die deutſchen Volksrechte), während es, ſobald einmal eine geſetzge-

1) Wirth Syſtem der Ethik I. 100—117. II. 83. 84.

bende Gewalt besteht, nur noch in der Form des Gerichtsgebrauchs wirksam werden kann. Auch Letzteres wird zwar theilweise für das gemeine deutsche Strafrecht in Abrede gezogen [1]), jedoch im Widerspruch mit dessen Quellen [2]). Denn das neueste römische Recht, obwohl es die frühere freiere Bewegung des richterlichen Ermessens bedeutend beschränkte, läßt doch immer noch einen ziemlichen Spielraum für die Praxis (bei Unbestimmtheit der Strafe, bei der Strafschärfung oder Milderung ꝛc.) offen [3]). Das deutsche Recht des Mittelalters verlor sich mit Ausnahme des im Verhältniß wenig umfassenden Reichsstrafrechts großentheils in Aufzeichnung lokalen oder ständischen Gewohnheitsrechts, und selbst das gesetzlich fixirte beschränkte sich auf die rohesten Grundzüge [4]). Die P.G.O. erkennt löbliche Gebräuche und gute Gewohnheiten ausdrücklich an, nur mit der Beschränkung, daß dadurch weder in Fällen, wo die kaiserlichen Rechte es nicht verordnen, eine peinliche Strafe eingeführt, noch auch das Unvernünftige bestehend erhalten werden dürfe [5]). Die neueren Gesetzgebungen dagegen berühren die Frage nicht, ja sie verneinen sie wohl indirekt [6]). Gleichwohl ist die Bejahung derselben auch für das neuere Recht aufrecht zu erhalten, worüber das Nähere unten §. 24. [7])

§. 13.

Hiedurch giebt sich das Recht an die Bedingungen der Endlichkeit hin, es verfällt der Nothwendigkeit der Entwicklung in Raum und Zeit. Da nun in dieser Sphäre des Daseins die Besonderheit und Zufälligkeit ihre Stelle haben, so kann das gesetzte (positive) Recht allerdings seinem Inhalte nach von dem verschieden sein, was an sich Recht ist. N. Rev. S. 650—652 [8]).

Die Rechtsidee ist der Nothwendigkeit einer weltgeschichtlichen Entwicklung und einer durch örtlich und zeitlich bedingte, mannigfach unvollkommene Erscheinungen hindurchgehenden allmäligen Vervollkommnung ihres endlichen Lebens unterworfen [9]). Diese Einsicht, zu welcher nur die (freilich nur erst in Anfängen

---

1) Feuerbach L.B. §. 5. Anm. — Vgl. jedoch Grolman in s. Magaz. I. 2. 151—180. Weisse de vi consuetud. in causis crimin. 1813. Gerstäcker im N. Arch. VI. 463 ff. Jarcke Hdb. I. 58—64. Luden Hdb. I. 133—140. Wächter Gem. R. 111 ff. Schröter Hdb. I. 61. Puchta Gewohnh.-R. II. 240—262. Abegg L.B. §. 15. Biener im N. Arch. X. 490 ff.

2) l. 23. 38 D. de legib. (1. 3). l. 131. §. 1 D. de V. S. (50. 16). l. 9. 10. D. de extraord. crim. (47. 11) l. 3. C. quae sit longa consuet. (8. 53). Schwäb. L.R. c. 44. 358 a. E. P.G.O. Vorr. und Art. 104. 135. 215. 218. vgl. Nov. 14 hinter der Wirt. L.O. §. 1. Heffter §. 12. 13. Birnbaum im N. Arch. VIII. 678 f. XIII. 543 f. Luden a. a. O. S. 168.

3) Geib Gesch. d. röm. Crim.proz. 657 ff. Rein Krim. R. d. Römer 221. 222.

4) Zöpfl Bamb. R. 132. Wächter Gem. R. 117.

5) theilw. a. M. sind Puchta II. 250 f. Luden I. 138 n. 8. hinf. der P.G.O., jedoch mit Unrecht. s. z. B. Art. 219.

6) s. z. B. Preuß. G.B. §. 2. Wirtemb. Art. 1. Badisch. §. 1. vgl. Luden I. 168. 169.

7) Vgl. auch noch Krug Gesetzesauslegung. 1848. S. 17 ff.

8) Hegel Rechtsphilos. §. 212. vgl. Abegg Strafrechtstheorieen 58—63.

9) Abegg Lb. S. 94. 95.

kultivirte) Philoſophie der Geſchichte zu führen vermag, giebt dem Juriſten allein diejenige feſte Stimmung, welche ihn ebenſo gegen jeden radikalen Verſuch, alles Beſtehende umzuſtürzen, wie gegen jedes geiſt- und gewiſſenloſe Unternehmen, eine überwundene Kulturſtufe gewaltthätig feſtzuhalten, widerſtandskräftig zu machen im Stande iſt.

§. 14.

Da mithin das Recht, welches den Gegenſtand der Verletzung bildet, nur in einem durch Geſetz und Gewohnheitsrecht beſtimmten Daſein vorkommen kann, ſo muß ein Verbrechen immer die Uebertretung eines Geſetzes im w. S., d. h. einer poſitiven Rechtsbeſtimmung ſein. N. Rev. §. 177.

Da Feuerbach dieſen Satz (wenn auch mit unrichtiger Ausſchließung des Gewohnheitsrechts) nicht nur anerkennt, ſondern ſogar ſein ganzes Strafrechtsſyſtem auf die Abſchreckung durch das Strafgeſetz baut, ſo hat es geringe praktiſche Bedeutung, wenn er unter den Quellen des poſitiven Strafrechts auch die Philoſophie des Strafrechts aufführt [1]). Jetzt iſt es aber wohl als allgemein angenommen zu betrachten, daß es ein „natürliches" Strafrecht mit praktiſcher Bedeutung nicht gebe, — natürlich vornweg nicht in dem Sinn eines für den ſog. Naturzuſtand giltigen [2]), aber auch nicht in dem Sinn eines neben dem poſitiven etwa ſubſidiariſch anwendbaren Strafrechts [3]). Nur hat man oft theils die Frage hinſichtlich der ſog. natürlichen Verbrechen ſchief geſtellt [4]), theils durch Herbeiziehung anderweitiger Punkte ſich und Andere verwirrt [5]).

§. 15.

Daraus folgt, daß kein Verbrechen vorliegt, wo eine Handlung, ſollte ſie auch übrigens die Eigenſchaft einer Rechtsverletzung an ſich zu haben ſcheinen, vom Geſetze (im w. S.) entweder geduldet oder ſogar geboten, oder wo dem Gegenſtande derſelben durch das Geſetz diejenige Eigenſchaft entzogen iſt, vermöge welcher ſie eben den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. N. Rev. §. 178.

---

1) §. 5. Auch Morſtadt n. 2. ſtimmt noch bei, ſ. übrigens Feuerbach ſelbſt §. 15. Anm. u. über Philoſ. u. Empirie. S. 6. Vorr. zu Unterholzner p. X. XI.

2) Hiemit macht ſich Mittermaier zu Feuerb. §. 2. n. 4. ohne Noth zu ſchaffen. vgl. Henke Hdb. §. 3. n. 1. Früher war allerdings derlei Träumerei in Deutſchland, wie in Frankreich und England im Schwang.

3) Wächter Lb. I. §. 41. n. 94. Jarcke Hdb. I. 59. 60. Roßhirt im N. Arch. XII. 60. Luden Hdb. I. 165—172. A. M. Tittmann Hdb. I. 63.

4) ſo z. B. Hepp Verſuche Nr. II. ſ. dag. Bauer Abh. I. 148—150 und 127—130.

5) ſ. z. B. Mittermaier a. a. O. vgl. noch Königswärter de placito: nullum delictum, nulla poena sine legi poenali. 1835. Birnbaum im N. Arch. 1836. S. 560 f. Oerſted Grundr. S. 106 fg., Abegg S. 80 und beſ. Zachariä Lehre vom Verſuch I. §. 49; vgl. auch noch die Abh. von Kraus im N. Arch. 1852. S. 188—224, welche freilich viel Unklares u. namentlich eine wunderliche (mindeſtens relative) Polemik gegen die N. Rev. enthält, deren Grundanſicht doch in der gedachten Abh. nur in privatrechtlicher Form variirt iſt.

Die meisten der hiefür aus der Geschichte des Strafrechts zu entnehmenden Beispiele [1]) sind durch den Fortschritt der modernen Gesittung beseitigt worden.

1) Gestattete Handlungen, welche außerdem als Rechtsverletzungen erscheinen würden. — Aus dem römischen Rechte gehören unter Anderem [2]) hierher: die erlaubte Tödtung des nächtlichen Diebs, die jedoch schon unter den Kaisern in die Grenzen der Nothwehr eingeschränkt wurde [3]), — die gestattete Tödtung des Entführers, welche jedoch wahrscheinlich kein oder wenigstens kein reiner Fall erlaubter Selbsthilfe war [4]), — und die erlaubte Tödtung des Ehebrechers und der Ehebrecherin durch den Hausvater und (resp.) den Ehemann, beziehungsweise die unerlaubte Gefangenhaltung des Ehebrechers durch den Ehemann [5]). Die letztere ist von der P.G.O. ausdrücklich bestätigt (Art. 142). Was dagegen die Tödtung betrifft, so ist die Sache durch ein offenbares Redaktionsversehen in der P.G.O. zweifelhaft geworden; aber eben dieses Redaktionsversehen [6]) beweist, daß die P.G.O. (Art. 142. 150) hier nicht aus dem röm. Rechte, sondern aus der Bamb. (Art. 145) auszulegen ist, d. h. daß nach ihrem Sinne die Tödtung des Ehebrechers und der Ehebrecherin von Seiten des Ehemanns oder des Vaters der Letztern überall (also abgesehen von den Beschränkungen des röm. R.) straflos sein soll, wenn sie im Affekte verübt ist. Diese Auslegung haben denn auch die Praktiker ganz mit Recht [7]) gemacht, nur daß sie bald das Tödtungsrecht auf zu viele Personen ausdehnten [8]), bald das Recht selbst von Strafauf-

---

1) s. bes. Abegg Untersuchungen, Abh. II. Wilda 701—705.

2) Das bloß Geschichtliche über die erlaubte Tödtung eines homo sacer, eines aquae et ignis interdictus, eines transfuga, eines proscriptus s. bei Abegg a. a. O. und bei Rein 136—138.

3) Cic. p. Tull. 47—51. Coll. VII, 2. 3. l. 9. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8.) Dirckſen 12 Taf.fragm. 564 f. Abegg a. a. O. 141 ff. Sanio Obs. ad l. Corn. I. 20 sq. Platner quaest. 69—71. Rein 141. 142. 298. 299. vgl. P.G.O. Art. 150.

4) l. un. pr. C. de raptu virg. (9. 13). vgl. Matthaeus ad D. 48. 4. c. 2. n. 11. Heffter Lb. §. 461. n. 1. Wächter Abh. I. 66. 67.

5) l. 20—25. 32. pr. 42 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5) l. 4. C. eod. (9. 9). Paul. Rec. S. II, 26. §. 1. 2. 4. 6. 7. Coll. IV, 2. §. 3—7. IV. 3. §. 2—5. IV, 8. 12. Nov. 117. c. 15. vgl. Caus. 33. qu. 2. c. 7—9. c. 3. X. de sent. c. excomm. (5. 39). Zeithopf Tract. de jure occid. prehensum in adult. 1667. Hoffmann ad l. Jul. de adult. lib. sing. c. 5. §. 1—7. Pirmez de marito tori viol. vindice ex jure Rom 1822. Sanio obs. ad l. Corn. de sic. I. p. 39—54. Wächter Lb. II. S. 450—454. Abegg Unterſ. 158—174. Mein Mord und Todtſchlag 165—173. Rein 838. 843. 844.

6) Hierin liegt der entscheidende Grund gegen Feuerbach Lb. §. 383 n. d., nicht in dem von Wächter a. a. O. Bemerkten, welcher auch irrig angibt, daß beide Projekte der P.G.O. den Art. 145 der Bamb. wiederholen, während dies nur im ersten der Fall ist (und zwar Art. 126, nicht 120). Die jedenfalls liederliche Citation des Art. 121 (120?) zeigt, daß man den Art. 145 der Bamb. als die praktische Regulirung des Verhältnisses noch immer im Auge hatte, wenn auch das zweite Projekt denselben weggelassen hatte, vgl. auch Abegg Unterſ. S. 347—357, mißverstanden bei Luden Hdb. S. 331 332. n. 3. 4.

7) A. M. scheint Heffter §. 230 n. 7 zu sein, pflichtet aber doch zuletzt bei. Darüber, daß diese Auffassung im röm. Recht selbst schon angebahnt war, s. Meine Schrift: Mord u. Todtſchl. a. a. O.

8) Böhmer ad Carpz. qu. 52. obs. 1. Koch §. 320. Quiſtorp §. 460.

hebung auf bloße Strafmilderung herabsetzten [1]). Nach heutigen Rechtsbegriffen nun muß sowohl das Recht der Gefangenhaltung des Ehebrechers [2]), als die Bestimmung der Nov. 117. c. 15. für antiquirt angesehen werden. In Beziehung auf den Hauptfall (Ertappung in flagranti) wird jetzt wohl überall nicht mehr [3]) Strafloſigkeit des tödtenden Vaters oder Gatten, wohl aber mehr oder minder gemilderter Todtſchlag [4]) angenommen, was auch auf den analogen Fall der Entführung unbedenklich zu beziehen iſt [5]). — Alle dieſe Fälle kommen mithin nach heutigem Rechte unter die allgemeineren Kategorieen der Nothwehr oder des Affekts zu ſtehen. — In weit größerem Umfange geſtattete das altdeutſche Recht die Selbſthilfe [6]). Von den Fällen, die ſich auch beim allmäligen Verſchwinden des alten Racherechts noch erhielten, mögen ausgezeichnet werden: das Recht des Ehemanns, den Ehebrecher und die Ehebrecherin zu tödten [7]), noch von Ruprecht v. Freiſing (II. c. 15. ed. v. Maurer) bezeugt [8]), dagegen im Kaiſerrecht (II. c. 22) gleich anderer Selbſthilfe für unzuläßig erklärt; ferner die Befugniß, den nächtlichen Dieb (oder überhaupt einen Nachts ins Haus Eingeſchlichenen), den ertappten, den fliehenden Dieb zu tödten [9]), wobei jedoch meiſt bereits die eine oder andere unter die Kategorie der Nothwehr fallende Beſchränkung (zum Theil unter wahrſcheinlichem Einfluſſe des röm. Rechts) beigefügt iſt [10]); — endlich die erlaubte Fehde [11]). Von dieſen Fällen iſt jedoch der letztere ſelbſtverſtändlich antiquirt; von den beiden andern gilt daſſelbe, was

---

1) G. J. F. Meister princ. §. 258. Grolman §. 386 (wo übrigens Wächters Anſicht über die Auslegung der P.G.O. bereits angedeutet iſt).

2) A. M. Heffter §. 286. n. 3. 446 a. E. ſ. dag. Mittermaier n. 2. z. F. §. 383.

3) A. M. Mittermaier n. 1. 4. a. E. z. F. §. 383 Dagegen Heffter §. 230 n. 7.

4) Häberlin III. 24. 25. Wirt. Gb. Art. 243, 2. (Hufnagel II. 34). Hannövr. Art. 231. Braunſchw. §. 146, 2. (Breym. S. 271). Heſſ. Art. 254. Bad. §. 210. Preuß. §. 177. (Beſeler S. 352). vgl. Code pénal art. 324.

5) Hufnagel. II. 159.

6) Das Alterthümlichſte findet ſich in der l. Fris. zuſammengeſtellt, z. B. Tödtung des Tempelräubers, des campio, des neugebornen Kindes (durch die Mutter).

7) Daß dieſe Rachebefugniß urſprünglich nicht bloß dem Ehemann zuſtand, und überhaupt nicht bloß beim Ehebruch vorkam, ſondern die rohe Form einer Art von judicium domesticum war (woraus auch das Tödtungsrecht des römiſchen Hausvaters abzuleiten iſt), wird allerdings durch eine Reihe von Stellen beſtätigt; ſ. z. B. Tac. Germ. c. 19. Ed. Roth c. 189. 222. L. Wisig III, 4, 5. L. Burg. 35, 2. Bonifac. b. Jarcke III. S. 51. n. 64. Allein ebenſo gewiß erhielt ſie ſich mit der Zeit blos für den Ehemann. vgl. L. Wisig III, 4, 4. L. Fris. IV. L. Bajuv. VII, 1. §. 2. Ed. Roth. c. 213. L. Burg. 68, 1, und keineswegs (wie Jarcke meint, der die angef. Stellen nicht wohl geleſen haben kann), bloß gegen den Ehebrecher, ſondern auch gegen die Frau; vgl. Wilda 704. 705. 810. 811. 823—825.

8) vgl. Citate bei Jarcke III. 52 n. 66.

9) Withräds Geſ. c. 26. Ines Geſ. c. 16. 21. 35. L. Angl. et Wer. VII §. 4.

10) Aelfreds Geſ. c. 25. Aethelſtans Geſ. II. c. 1. §. 2. — L. Fris. V. L. Sax. IV, 4. L. Rip. 77 (79). L. Burg. VI, 2. XXVII. 9. Ed. Roth. c. 32. 269. L. Bajuv. VIII, 5. und de popul. legib. c. 3. L. Wisig. VII, 2, 15. 16. vgl. Wilda 889—891 und Zöpfl im N. Arch. S. 132 f.

11) P.G.O. Art. 129.

über das röm. Recht bemerkt wurde. Als praktiſche Fälle ſind daher nur noch anzuführen [1]): a) Verletzungen infolge väterlicher, eheherrlicher Gewalt und ähnlicher Privatrechte, vorausgeſetzt, daß der Ausübende ſich keinen Exceß zu Schulden kommen läßt [2]). b) die Fälle der erlaubten Selbſthilfe im Privatrechte, d. h. [3]) ſolche Fälle, in welchen ſich ein Recht nur durch eigenmächtiges Eingreifen in fremde Rechtskreiſe geltend machen läßt und das Geſetz ein ſolches Eingreifen ausdrücklich geſtattet, ohne daß der Fall der Nothwehr vorläge [4]). Nach dieſem Begriffe gehört das Retentionsrecht gar nicht einmal unter die Selbſthilfe [5]), ebenſowenig der Fall [6]), wenn Jemand das ihm vertragsmäßig eingeräumte Recht zu eigenmächtigem Einſchreiten nun auch wirklich ohne Widerſtand der Gegenparthei [7]) ausübt; und eben ſo wenig der Fall, wenn Jemand ein auf ſeinem eigenen Grund und Boden durch einen Dritten unbefugter Weiſe Errichtetes zerſtört [8]). Gemäß der angegebenen Beſchränkung dagegen gehört nicht hierher alle bloß zur Selbſtvertheidigung gegen ungerechte Angriffe auf Perſon oder Vermögen ausgeübte Gewalt [9]). Da nun hierunter aus unten näher zu entwickelnden Gründen auch diejenigen Fälle zu ſtellen ſind, in welchen der Angegriffene zur Wiedererlangung eines bereits entriſſenen Beſitzes in continenti oder nach erlangter Wiſſenſchaft Gewalt anwendet [10]), ſo bleiben als Fälle der erlaubten Selbſthilfe nur noch folgende übrig: aa) die erlaubte Verletzung fremder Sachen zur Rettung eigener, denen ſie Gefahr drohen [11]), ohne daß dabei ein widerrechtlicher Angriff zu Grunde liegt [12]); bb) die in einigen Fällen einge-

---

1) Hannöv. Gb. Art. 77.

2) l. 3. C. de patria pot. (8. 47). l. un. C. de emend. servor. (9. 14) l. un. C. de emend. prop. (9. 15). Heffter §. 39, 286. Ueber das hier ſehr viel weiter gehende ältere deutſche Recht ſ. Kraut Vormundſchaft. Wilda 704. 705.

3) Der Begriff erſcheint meiſt ſehr mangelhaft gefaßt, beſonders bei den Aelteren; ſ. z. B. J. H. Böhmer de poena jus sibi dicentis sine judice. Exerc. ad Pand. II. ex. 23. c. 1. §. 16 sq. Glück Pand. Komm. XV. 122 f. Mühlenbruch Pandekten §. 135. Wächter Lb. II. §. 146 n. 49. Mot. z. Wirt. Gb. S. 174.

4) Wirt. Gb. Art. 200. Braunſchw. §. 118. Bad. §. 279.

5) Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837) S. 68 f. Puchta Pand. §. 80. 94. n. b. jetzt auch Wächter Wirt. Priv.-R. II. §. 61.

6) l. 3 C. de pignor. (8. 14). Wächter a. a. O. S. 405. 406.

7) Im entgegengeſetzten Falle liegt unerlaubte Selbſthülfe vor. Puchta Pand. §. 214 a. E. Weiß S. 553.

8) l. 29. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). Wächter a. a. O. S. 407 n. 10. vgl. auch die Bem. von Klein zu Quiſtorp §. 188. 189.

9) Auch hier wird von Vielen nicht genau unterſchieden, ſ. z. B. Wächter Lb. II. §. 146. n. 49 vgl. mit deſſ. Wirt. Priv.-R. II. S. 406 f. Henke Hdb. III. 292.

10) ſ. z. B. l. 3 §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16.) l. 6. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. l. 46. D. de a. v. a. poss. (41. 2). l. C. unde vi (8. 4). l. 10. §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). Wirt. Gb. Art. 102. nr. 2. Heſſ. §. 46 nr. 3. Bad. §. 93 vgl. unten §. 28 ff.

11) l. 29. §. 3. l. 49. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). l. 3. §. 7 D. de incend. (47. 9). j. l. 7. §. 4 D. quod vi aut clam, (43. 24). l. 14. pr. D. de praescr. verb. (19. 5). Die Kategorie, worunter Wächter Lb. I. §. 55. 56 dieſe Fälle ſtellt, paßt nicht; ſ. auch n. 13 und Luden Abh. II. 511. 512 Note, wo gleichfalls willführliche Geſichtspunkte aufgeſtellt werden. vgl. Heffter §. 40. Abegg §. 108.

12) Dieſen weſentlichen Punkt überſieht Marezoll S. 84. 85 und verwirrt ſich dadurch die Lehre von der Eigenthumsnothwehr, wie noch einige Andere.

räumte Befugniß, fremde Bäume und Gesträuche, wodurch ein Recht beeinträchtigt wird, abzuschneiden oder zu beschneiden [1]); cc) die deutschrechtlichen Pfändungen [2]), soweit sie noch geltendes Recht sind [3]).

2) Gesetzlich gebotene Handlungen. Hierher gehören: a) die Fälle, wo die betreffende Handlung in einer Dienstpflicht ihre Rechtfertigung findet [4]). Hiebei kommt Alles auf das betreffende konkrete Dienstgesetz an, das natürlich den Handelnden für Excesse nicht deckt (besonders wichtig, wo es sich bei Militärpersonen, Zoll-, Forst-, Jagdoffizianten ꝛc. um das Recht zum Waffengebrauch handelt [5]). b) Der Fall des gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehls [6]). Das gemeine Recht nahm an, daß auch außer dem militärischen Subordinationsverhältnisse [7]) vollkommen verbindliche Befehle mit der Wirkung der Strafloſigkeit für den Gehorchenden vorkommen können, namentlich im Verhältniß der väterlichen Gewalt und der Dienstherrschaft [8]), jedoch nur bei geringeren Vergehen [9]). Die neueren Gesetzgebungen beschränken nun aber jedenfalls ganz entschieden den vollkommen verbindlichen Befehl allein auf das Verhältniß des öffentlichen Dienstes, wenn sie auch allerdings außerdem den Befehl als Strafmilderungs- oder Minderungsgrund gelten lassen [10]). Was aber jenes Verhältniß betrifft, so machen sie mit Recht allerlei beschränkende Bedingungen [11]). In dieser Frage stehen sich zwei extreme Ansichten gegenüber, — einerseits die des Code pénal (art. 327), wie sie meistens ausgelegt zu werden pflegt [12]), wornach der

1) l. 1. §. 2. 7 D. de arbor. caed. (43. 27). Puchta Pand. §. 399.

2) s. Wilda in der Zeitschr. f. D. R. I. 167—320. Gerber Deutsch. Priv.-R. §. 69—71.

3) vgl. z. B. Wächter Wirt. Priv.-R. II. S. 408—410. Gerber a. a. O. S. 147 n. 7.

4) P.G.O. Art. 150 §. 1. Der von Luden Hdb. I. 323. 324 für die Strafloſigkeit angef. subjektive Grund ist verkehrt herbeigezogen. s. auch Thüring. Gb. Art. 66, 2. Bedenklich ist es übrigens, wenn hinsichtlich der Festnehmung von Verbrechern hier und im Bad. Gb. §. 95. 96. jeder Staatsbürger den obrigkeitlichen Personen in Bez. auf das Recht, Widerstand zu bewältigen, gleichgestellt wird.

5) vgl. z. B. preuß. Gesetze vom 28. Juni 1834, 20. u. 31. März 1837, Oestreichische bei Hye S. 206—213, für Wirtemberg s. die bei Hufnagel I. 447—453 angef. gesetzlichen Bestimmungen.

6) l. 169 pr. D. de R. J. (50. 17). l. 37 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2).

7) Caus. 23. qu. 5. c. 13.

8) l. 11 §. 4 D. de his qui not. (3, 2). l. 4 D. de R. J. (50. 17). Auch hier ist es durchaus falsch, auf die Aufhebung der Zurechenbarkeit zu rekurriren, wie Heffter §. 57 n. 5 und Wächter I. §. 60 j. 68 thun. Davon kann nur die Rede werden, wenn der Befehl mit Drohungen verbunden wird. Allein das gehört nicht hierher.

9) l. 20 D. de O. et A. (44. 7). l. 17 §. 7 D. de injur. (47. 10). l. 157 pr. D. de R. J. (50. 17). l. 8 pr. C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 2 C. de sep. viol. (9. 19); nach den beiden letzten Stellen wirkt der Befehl des Herrn selbst für die Sklaven nur als Strafmilderungsgrund; s. auch Csa. 11. qu. 3. c. 93. 101, die wesentlich ebenso entscheiden, wie das röm. Recht. Viel weiter ging das germanische Recht s. Stellen bei Wilda 632—634.

10) Anm. z. bair. Gb. I. 305—307. Wirt. Gb. Art. 110. Hannövr. Art. 85 j. 94. Hess. Art. 80. 85. 121. nr. 3. Bad. §. 152. s. übrig. Bair. Strafger. I. 56 f.

11) Ungenügend sind hierüber Häberlin IV. 363 und Mittermaier n. 4 z. F. §. 91. Berner Theilnahme am Verbr. S. 281.

12) F. Hélie théorie VI. 63. Carnot Comm. II. p. 82. Sellyer traité I. p. 241—250. vgl. Rossi traité II. p. 136. s. aber auch art. 114. 190 sq. Hélie II. p. 271 sq.

Empfänger des Befehls ſtets deſſen materielle Geſetzmäßigkeit und die Zuſtändigkeit der Behörde zu ſeiner Erlaſſung zu prüfen hat; — andrerſeits die Theorie des blinden Gehorſams, wie ſie in Deutſchland in Beziehung auf das Militär von Seiten der Machthaber aufgeſtellt zu werden pflegt. Beide Extreme ſind eben als ſolche falſch [1]). Das Richtige wäre, hier nach den Zweigen des öffentlichen Dienſtes zu unterſcheiden, da offenbar z. B. im Militärweſen eine ſtrengere Hierarchie geboten iſt, als im Polizeifach, in dieſem wieder eine ſtrengere, als in der Juſtizverwaltung u. ſ. f. [2]). Hievon ſehen nun zwar die neueren Geſetzgebungen ab, bemühen ſich dagegen, inſofern einen Mittelweg zu gehen, als ſie annehmen, daß in allen Zweigen der Staatsverwaltung ein gewiſſes Maß [3]) von blindem Gehorſam zu fordern ſei, zugleich aber wieder mehrere Beſchränkungen machen. Die erſte und allgemeinſte iſt, daß der Befehl kein gemeines Verbrechen (rein oder mit einem Dienſtvergehen gemiſcht) [4]) anſinnen dürfe; das Vergehen muß im Kreiſe der reinen Dienſtvergehen bleiben. Ferner muß die befehlende Behörde formell kompetent, und der Befehl in der vorgeſchriebenen Form [5]) erlaſſen ſein. Ueber beiderlei Fragen hat demnach der Subalterne ein Prüfungsrecht. Weiterhin aber unterſcheiden ſich die neuen Geſetzbücher, indem das hannöveriſche nur von Dienſtverbrechen Seitens des Befehlenden [6]) ſpricht, die übrigen aber ſich allgemein ausdrücken. Es werden jedoch dieſe in demſelben Sinne auszulegen ſein [7]), da die Pflicht des Gehorſams nie ſo weit gehen kann, daß der Untergeordnete rechtlich ſchuldig ſein könnte, ſeine eigene Dienſtpflicht zu verletzen. Dies vorausgeſetzt, iſt endlich noch ein fernerer Unterſchied der, daß das hannöv. und heſſ. Geſetzbuch betreffenden Falls [8]) den Subalternen ohne Weiteres unverantwortlich machen, das Wirtemb. und

---

1) Dies ſcheint auch Mittermaier a. a. O. andeuten zu wollen, wenn er theils das Anſehen des Geſetzes, theils eine ehrenwerthe Stellung der Beamten gewahrt zu ſehen wünſcht; ſ. übrigens auch Breidenbach I. 1. S. 550, der die Theorie des blinden Gehorſams im Civilſtaatsdienſte vertheidigt, während er ſogar beim Militär Ausnahmen zuläßt, resp. nach heſſ. Geſetzen zulaſſen muß.

2) A. M. iſt Leonhardt I. 372.

3) vgl. z. B. das heſſ. Gb. Art 40, das keine Remonſtration fordert (A. M. Breidenbach I. 550. Luden Hdb. I. 313. n. 9) mit dem braunſchw. §. 251, das ſie nur von einer beſtimmten Klaſſe von Beamten verlangt, und dem Wirtemb. Art. 403, das allgemein auf die Verf.U. §. 53 verweiſt. Vgl. Anm. z. bair. Gb. I. 305. 306.

4) Ganz unklar hierüber iſt Luden I. 312 n. 8. Gerade das Gegentheil iſt wahr, und der Fall a. E. der Note nach den Grundſätzen vom fakt. Irrthum zu entſcheiden. — Vgl. Hufnagel III. 79. Strafgb. m. Anm. S. 421. (Breym.) Braunſchw. Gb. S. 325. Thüring. Gb. Art. 317.

5) ſ. das braunſchw. §. 251 und heſſ. Gb. und für Wirt. Vf.U. §. 53. Das hann. Gb. Art. 85 ſpricht davon nicht (ſ. übr. Leonhardt I. 372), wie das bair. Art. 122. vgl. aber neuſt. Entw. Art. 70. Thüring. Gb. a. a. O.

6) Luden I. 312 n. 8. dehnt dies freilich ohne Weiteres auch auf die andern Geſetzbücher aus, was wenigſtens nicht ſo unzweifelhaft iſt, wie die allerdings ganz einfache Entſcheidung, die er S. 314 n. 10 gibt, ſ. z. B. Gans Beleucht. des hann. Entw. I. 232 f.

7) Breidenbach I. 1. S. 548. 549.

8) d. h. wenn die kompetente Behörde in geſetzmäßiger Form eine in dem Dienſtkreis des Subalternen liegende Handlung befohlen hat, die aber Seitens des Befehlenden ein Dienſtvergehen enthält. Vgl. überhaupt noch Abegg Unterſ. S. 90 f. Ueber die Entwicklung im preuß. Recht, wo man ſich für Weglaſſung früherer

Braunſchweigiſche dagegen nur dann, wenn er gewiſſe geſetzlich vorgeſchriebene Remonſtrationen gemacht hat.

3) Fälle, in welchen vermöge geſetzlicher Anordnung dem Gegenſtande der Handlung gerade diejenige Eigenſchaft mangelt, unter deren Vorausſetzung allein die Handlung den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. — a) Fälle, da gewiſſe Perſonen oder Klaſſen von Perſonen überhaupt geſetzlich als rechtlos zu betrachten ſind. Eine abſolute Rechtloſigkeit der Leibeigenen [1]) und der Fremden [2]) kannte auch das ältere germaniſche Recht nicht. Selbſt Leibeigene erhielten allmählig ein Wergeld, und Verletzungen derſelben mußten ſogar mit Friedensgeld gebüßt werden. Aber allerdings hatten ſie geringeres Wergeld und geringere Buße, als die Freigelaſſenen und Hörigen, die ihrerſeits wieder den Freien nachſtanden [3]). Daſſelbe war denn auch mit den Fremden der Fall. Zwar wurde im fränkiſchen Reiche der Grundſatz herrſchend und unter Karl d. Gr. allgemein ausgeſprochen [4]), daß jeder deutſche Volksgenoſſe, wo er auch im Reiche ſich aufhalte, Buße und Wergeld nach ſeinem Stammrechte erhalten ſolle. Gleichwohl findet ſich eine Zurückſetzung der Nichtfranken noch im ripuariſchen Volksrechte [5]) und allgemein war die Gleichſetzung der Nichtgermanen mit den Freigelaſſenen und Hörigen [6]). Noch mehr griff zwar allerdings die Kirche ein, indem ſie die Fremden beſonders dem Königsſchutze empfahl und ihnen oft erhöhtes Wergeld erwirkte [7]). Allein, daß das Recht der Fremden in der Praxis immer etwas prekär geblieben ſein muß, zeigt die Bezeichnung derſelben durch „elende Leute," ſowie die Verwandlung des königlichen Schutzes in ein fiskaliſches Nutzungsrecht, das beſonders bezüglich der Juden [8]) im Mittelalter und noch ſpäter in ſehr unliebſamer Form auftrat. — Dagegen kannte das germaniſche Recht allerdings Gründe, aus welchen eine Perſon völlig rechtlos werden konnte. In der Friedloſigkeit [9]) nämlich lag eine völlige Vernichtung der Perſönlichkeit, ſo daß an einem Friedloſen überall kein Unrecht begangen werden konnte. Eine bloße Rechtsſchmälerung dagegen lag in der Rechtloſigkeit, Ehrloſigkeit

---

Beſtimmungen entſchied, ſ. Beſeler S. 182. 183. Goltammer I. 375—377. 415. 416. Ueb. Oeſtr. ſ. Hye S. 197. 198. vrgl. 220 Note **.

1) Ueber die (freilich nur allmälige) Ausbildung eines Wergelds der Sklaven vgl. L. Sal. (ed. Waitz) 35, 2. 3. L. Bajuv. V. VIII, 23. Ed. Roth. c. 76—137. L. Fris. XV. L. Burg. V, 3. 4. Wilda 663—665. v. Fürth Miniſterialen 8—20.

2) A. M. Rogge Gerichtsw. d. Germ. 54. Philipps D. Priv.-R. I. 295. ſ. dag. Wilda 672—684.

3) L. Angl. et Werin. IX. L. Fris. I. u. Epil. T. XXII. L. Rip. 9. 10. Wilda S. 670.

4) Capit. gen. a. 783. c. 4. (P. I. p. 46). vgl. Ed. Roth. c. 377.

5) L. Rip. 31, 1—4. vgl. Wilda 434. 435. 674 n. 1. Grimm R.A. 398. Ueber die nordiſchen Rechte ſ. Wilda 675—678.

6) L. Sal. 41, 6. L. Rip. 36, 3.

7) Cap. Pip. inc. anni. c. 4 (P. I. p. 31). Cap. Pip. Langob. a. 782. c. 10. (ib. p. 44). Xant. Gaurecht. c. 8. (Walt. II. p. 265). L. Bajuv. III, 14. Kraut Vormundſchaft I. 70 ff.

8) Gengler Grundriß S. 532 ff.

9) Wilda 278 ff. Albrecht Gewere S. 39 ff.

und Echtloſigkeit [1]), d. h. eine Entziehung blos beſtimmter Rechte, welche dann allerdings an der betreffenden Perſon nicht verletzt werden konnten. Mag auch bei Echtloſen, die es vermöge verächtlicher Lebensweiſe waren, die Wirkung der Verminderung der Rechtsfähigkeit in älterer Zeit nahe an die der Friedloſigkeit hingeſtreift haben [2]), ſo iſt im Mittelalter doch beſtimmt die blos ehrenſchmälernde Wirkung der Recht- und Echtloſigkeit anerkannt [3]) und die Erwähnung des bloßen Scheinwergelds der Recht- und Echtloſen ausdrücklich von der Bemerkung begleitet, daß der Buße die Wedde des Gerichts folge und daß Verwundung, Beraubung, Tödtung, Nothzüchtigung u. ſ. w., an ihnen verübt, nach Friedensrecht zu richten ſei [4]). Indeſſen ſetzte ſich das Inſtitut der Friedloſigkeit im Mittelalter in der Form der Acht fort [5]). Auch außerdem aber ſcheint man es in der Praxis mit Rechtsverletzungen gegen manche Klaſſen von übel angeſehenen Perſonen, z. B. Juden, Zigeunern ꝛc. nicht eben ſtreng genommen zu haben, wenn auch dieſelben keineswegs geſetzlich für vogelfrei erklärt waren [6]). Alle derlei Barbareien hat jedoch der Fortſchritt der Geſittung ausgetilgt [7]). Zwar behauptet noch Feuerbach, an einem vorzeitig zurückkehrenden Verwieſenen könne überhaupt kein Verbrechen [8]), an einem zum Tode Verurtheilten wenigſtens nicht das der Tödtung [9]) begangen werden, — beides mit Unrecht, was jetzt allgemein eingeſehen iſt. Außerdem erwähnt Feuerbach hier die im Auslande be-

1) Wilda 304—306. n. 2. Marezoll d. bürgerl. Ehre. 1824. Budde üb. Rechtloſigkeit, Ehrloſigkeit und Echtloſigkeit. 1842. Hillebrand über die gänzliche und theilw. Entziehung der bürgerl. Ehre ꝛc. 1844. Trummer Vorträge III. 123 f. Gerber D. Priv.R. §. 39. Kraut Grundr. §. 71.

2) vgl. L. Fris. V. Wilda 702. 703.

3) ſ. d. Citate bei Gerber §. 39. n. 6—15.

4) Sächſ. LR. III. 45. §. 9—11. vgl. Wilda 703, deſſen Erklärung nicht wohl zu billigen iſt, arg. Schwäb. LR. c. 310 a. E., das nur Real- und Verbalinjurien gegen derlei Leute für ſtraflos erklärt. vgl. Sächſ. Wetchb. 127.

5) Sächſ. LR. I. 68. §. 5. II. 63. III. 63 §. 3. Gl. z. ſächſ. LR. I. 51 u. I. 38. Schwäb. LR. c. 252. Frid. I. Const. c. incend. a. 1187. (P. II. p. 184). Bamb. H.G.O. Art. 175. 241. Bodmann Rheingau. Alterth. S. 618. Zöpfl RG. II, 2. §. 132 n. 1. vgl. P.G.O. Art. 155.

6) Ueber die Zigeuner, welche Quiſtorp, Grolman, Wächter, Jarcke, Hefftter ꝛc. hier aufführen, ſ. R.P.O. 1577 Tit. 28. R.A. 1544 §. 75. 1589 Tit. 22. Kreispatente b. Gerſtlacher II. S. 78 f. und namentlich noch Preuß. Edikt v. 1725 bei Abegg Geſch. d. Strafgeſetzgeb. d. Brandenb. preuß. Lande. S. 133. vgl. Malblank in Plitt Anal. p. 137 sq.

7) A. M. hinſ. der „Geächteten" iſt noch Feuerbach §. 40, was Mittermaier überſehen und Morſtadt irrthümlich in Schutz genommen hat, ſ. überhaupt Abegg Unterſ. 78 ff. 293 ff. 362 ff. vgl. noch Reuter Beſt. 1570 Art. 63, und Luden Abh. II. 469.

8) §. 40. hier giebt ſelbſt Morſtadt eine Uebereilung Feuerbachs zu.

9) §. 34. n. 1. Grolman §. 259. ſ. dagegen Csa. 23. qu. 5. c. 14. Wächter II. S. 121. Morſtadt gegen Mittermaiers Tadel. Abegg im N. Arch. IX. 625 ff. Irrlichtelirend: Roßhirt Entw. 348 f. vgl. noch Rossi traité II. 9. 10. Geib im N. Arch. 1838. S. 579—583. Das bair. Gb. von 1813 kannte zwar die Strafe des bürgerlichen Todes (Art. 7—9); aber eine Vogelfreiheit war damit nicht ausgeſprochen. Kleinſchrod im N. Arch. II. 65—84. Wächter Lb. I. §. 100 n. 24. — Vgl. auch noch Thibaut Beitr. z. Krit. d. Feuerb. Theorie S. 31. 32.

gangenen rechtsverletzenden Handlungen, wovon unten. Als die allein noch praktiſche Frage bleibt ſomit nur die übrig: ob an feindlichen Soldaten (resp. Unterthanen des feindlichen Staates) ein Verbrechen begangen werden könne [1]). Es kann jedoch nach modernem Völkerrechte [2]) dem Nichtmitſtreitenden nur ein (etwa nach den Umſtänden etwas erweitertes) Recht der Nothwehr, und ein Recht des Angriffs nur bei einem erklärten Vernichtungskriege eingeräumt werden (für den gewöhnlichen Kriminalrichter iſt die Frage nicht ſehr praktiſch; er wird die feindlichen Kugeln mit Milderungsgründen zu beantworten wiſſen) [3]). — Giebt es hiermit nach neuerem Rechte keinen Grund, der für irgend eine Perſon während ihres Lebens unbedingte Rechtloſigkeit bewirken könnte, ſo möchte etwa die Frage aufgeworfen werden, ob eine ſolche durch den Tod entſtehe? Dieſe Frage iſt nun ebenſowohl zu bejahen, als zu verneinen: erſteres, weil nur die Perſönlichkeit die Grundlage der Rechtsfähigkeit iſt, um die es ſich hier allein handelt, dieſe aber mit dem Tode rechtlich unläugbar aufhört [4]); — letzteres aber deshalb, weil ſowohl nach den Quellen des römiſchen und des älteren deutſchen Rechts, als nach der neueren Geſetzgebung das materielle und das ideale Reſiduum der Perſon, ihr Leichnam und ihr Nachruf, keineswegs als vogelfrei der willkührlichen Behandlung ausgeſetzt, ſondern vielmehr Gegenſtand von Verbrechen wird, die aber natürlich ihren weſentlichen Charakter in anderweitigen Verhältniſſen begründet haben [5]). So bleiben denn nur noch die Mißgeburten [6]) und die Thiere übrig, von welchen nach gemeinem Recht allerdings die Rechtloſigkeit zu behaupten iſt, wenn auch von letzteren nicht unbedingt [7]). Gleichwohl behaupteten ſchon früher mehrere Juriſten (freilich ohne geſetzliches Fundament), daß Tödtung einer Mißgeburt ohne obrigkeitliche Erlaubniß ſtrafbar ſei [8]); und in der That iſt dieſer Satz auch

1) Aſchenbrenner im A. Arch. IV. 1. S. 57 ff. Pinder an et quaten. cives ob caedem in hostes adm. puniri poss. 1814. V. d. Becke im N. Arch. I. 399 ff. Pratobevera Material. I. 274 f. Meiſter Urth. und Gutachten S. 307 ff. Tittmann Vortr. und Urth. nr. 1. 2. Hdb. I. S. 48.

2) Anders nach dem Völkerrechte der Alten §. 17. J. de Rer. div. (II. 1). l. 36 D. de religiosis (11. 7). l. 4 D. de sep. viol. (47. 12). vgl. Henke Hdb. I. 236. 237. Roßhirt Lb. §. 39. Jarcke I. 112. 113. van Nauta de del. adv. peregr. max. adv. milites host. Gron. 1825. Heffter §. 37 n. 2. Luden Abh. II. 469. 470. Mot. z. Wirtemb. Strafgeſetzb. S. 206. Hufnagel II. 6.

3) Ebenſo wird hinſichtlich der Frage, wie es zu halten ſei, wenn durch feindliche Okkupation die Wirkſamkeit des Strafgeſetzes ſuspendirt erſcheint, ſchwerlich auf die Lehrbücher des Strafrechts rekurrirt werden! —

4) Geläugnet wird es freilich von Abegg im N. Arch. 1844. S. 501. 502. Vgl. eb. IX. 625 f. XII. 620 f.

5) Mittermaier n. 5. z. F. §. 315. u. n. 4 zu §. 277. u. Abegg im N. Arch. 1844. S. 377 f. 461 f., bei welchen vorerſt das poſitivrechtliche Material nachzuſehen iſt. ſ. den beſ. Theil (Sepulcri violatio u. Injurien). vgl. Marezoll Lb. S. 429. n. 1. Heffter §. 303. n. 8. Rein S. 203. 204.

6) l. 14. D. de statu hom. (1. 5). vgl. l. 38. D. de V. S. (50. 16). Damhouder prax. c. 84. n. 19. 27. 28.

7) Plin. hist. nat. VIII. 45. l. 1. 2. C. Th. de cursu publ. (8. 5). Gothofr. ad C. Theod. (ed. Ritter) II. p. 523 sq. Rein S. 204. Abegg im N. Arch. XII. 620—639. XIV. 93. f. 1851. S. 102 f. vgl. Henke Hdb. I. 201.

8) Quiſtorp I. §. 217. Stübel Thatbeſtand §. 97. Henke II. 13. Werner Hdb. §. 468 u. A. vgl. jetzt Mittermaier n. 1. z. F. §. 207.

in Landesgesetzgebungen übergegangen [1]). Ebenso haben neuere Gesetzgebungen angefangen, wenigstens boshafte und muthwillige Thierquälerei mit Strafe zu bedrohen [2]). — b) Fälle, da einer Person nur bestimmte Rechte auf gesetzlichem Wege abgesprochen sind. Da das neuere Recht keine unbedingte Ehrlosigkeit mehr kennt, mithin eine Injurie im Allgemeinen auch gegen einen Infamen möglich ist [3]), so gehören hierher eben nur noch die bestimmten einzelnen Rechte, deren Entziehung in der Ehrenschmälerung, wie sie das heutige Recht kennt, enthalten ist. In Beziehung auf diese ist allerdings eine strafbare Verletzung nicht möglich [4]) (falls nicht etwa in der Form der betreffenden Aeußerung oder Handlung ein Exceß liegt, der die Einrede der Wahrheit ausschließt).

2. Das Recht als Sache des gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls.

§. 16.

In der Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes (im w. S., d. h. als positiven Rechts) liegt nun aber die Forderung, daß es auch wirklich für das Bewußtsein derer, die es verbinden soll, die Form der Allgemeinheit habe, d. h. daß es ausdrücklich allgemein bekannt gemacht sei. Zwar wird nicht erst hiedurch die allgemeine Verbindlichkeit begründet; aber es ist ein Unrecht des Staats, wenn er auf einem gewissen Standpunkte der Bildung diese Forderung zu befriedigen versäumt [5]). N. Rev. S. 654. 655.

Der gründlich durchgefochtene Streit über Kodifikation [6]) ist im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfnisses [7]) zur Entscheidung gebracht worden, — leider nicht mehr zum Heile der Einheit des deutschen Rechts.

---

1) s. Preuß. Allg. LR. II. 20. §. 716—718. Braunschw. Gb. §. 150. (vgl. Hufnagel II. 6.) Nach neuem preuß. Recht sind sogar lebendige Mißgeburten („die nicht Mondkälber sind") den wohlgebildeten Geburten rechtlich gleichgestellt. Beseler S. 348. vgl. Hélie V. p. 158.

2) Sächs. Gb. Art 310. vgl. Weiß S. 809. Wirt. Poliz. Strafgb. Art. 55. Preuß. Gb. §. 340. nr. 10. Sächs. VO. 31. Juli 1839. Art. 5.

3) Die Möglichkeit gänzlicher Ehrlosigkeit nehmen nach gem. Recht noch Mehrere an, z. B. Feuerbach §. 277. (j. §. 71. u. 151). Martin §. 42. n. 10. §. 163 n. 4. Tittmann §. 385. n. 9. §. 398. theilweise auch Grolman §. 222. (j. §. 158). Henke II. 245, nur scheinbar auch Wächter II. 82 n. 79. s. denf. Wirtemb. Strafarten S. 188. Bauer §. 208. n. a. S. nun aber Abegg Unterf. S. 61. ff. N. Arch. 1844. S. 478—482. Heffter §. 37. n. 3. §. 363 n. 7. Mittermaier n. 2. u. Morstadt n. 4. z. F. §. 277 u. (z. Theil irrig) Rotzhirt Entw. S. 352.

4) vgl. Gerber D. Priv. R. §. 40. Häberlin III. 351. Hufnagel II. 178. 179. Beseler S. 103 ff. 323 ff.

5) Hegel §. 215 .Henke Hdb. I. §. 81. A. M. Temme Gloſſen z. preuſſ. Strafgb. S. 12 u. ſonſt., ſ. dag. Hye S. 3. 4.

6) Der Grund, aus dem die Feuerbachiſche und ähnliche Theorieen (ſ. noch Bauer Abh. I. 140 ff.) Bekanntmachung des Strafgeſetzes forderten, iſt jetzt von den Meiſten aufgegeben.

7) Vgl. beſ. Breidenbach I. 1. S. 1—145. Beſeler S. 15—17. Daß hiebei auch auf dem gegebenen partikularrechtlichen Standpunkt nicht alle Schäden geheilt und manche neue Mißſtände erſt geſchaffen worden ſind, iſt weder zu verwundern,

§. 17.

Indem das Recht als Gesetz im w. S. Dasein hat, so hat es auch für das allgemeine Bewußtsein unter den räumlichen und zeitlichen Bedingungen seiner Existenz Dasein. Das Verbrechen als Verletzung des so bestimmten Rechts nimmt daher zugleich Beziehungen auf das allgemeine Wissen und Wollen der Gesellschaft an, für welche das Gesetz gilt. Es erscheint nicht mehr bloß als Verletzung einer einzelnen Berechtigung, sondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen. Hiemit erhält es den Charakter der Gefährlichkeit für die Gesellschaft; es stellt sich als ein nicht bloß isolirter, sondern weitere Gefahren (von Seiten des Thäters und von Seiten der Uebrigen, die ein böses Beispiel daran nehmen können) drohender Akt dar, der über seine Besonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung haben kann [1]). N. Rev. S. 677—683.

§. 18.

Eben vermöge seiner Beziehung auf den allgemeinen gesellschaftlichen Zustand erweitert sich aber der Begriff des Verbrechens über sich selbst hinaus zu dem Begriff der nicht das Recht als Recht verletzenden, dagegen das Wohl der Gesellschaft und mittelbar den Rechtszustand selbst gefährdenden — gefährlichen Handlung im e. S., deren nothwendige Abwehr eine neben der Rechtspflege bestehende eigenthümliche allgemeine Thätigkeit, die Sicherungspolizei voraussetzt. Die Nothwendigkeit der gedachten Thätigkeit liegt in der Absolutheit des Rechts als der unverbrüchlichen Norm des gesellschaftlichen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen gesichert wird, noch gesichert werden kann. Da diese nämlich für den Eintritt ihrer Thätigkeit stets eine bereits in's Dasein getretene konkrete Verletzung des Rechts voraussetzt, so läßt sie eben darum die Existenz des die erlaubten Zwecke des einzelnen und des Gemeinwohls mitumfassenden rechtlichen Zustandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm schlechthin unangemessen ist. Die Folge hievon ist, daß neben der Rechtspflege eine andere allgemeine Thätigkeit bestehen muß, deren Aufgabe darin besteht, dem Unrecht vorzubeugen und eben zu diesem Behuf auch an sich nicht rechtsverletzende, aber gefährliche Handlungen unter Strafandrohung zu verbieten. Solche Handlungen können entweder in einer an und für sich schon zum

---

noch im Vergleich zu dem früheren Zustande zu beklagen. Die fatalsten derselben hängen aber eben nur mit der gegebenen, wie es scheint, unheilbaren inneren Krankheit der deutschen Rechtszustände zusammen.

1) Hegel §. 218. Einseitig aufgefaßt und oberflächlich durchgeführt ist dieses Moment von Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 111 ff. Vgl. dagegen Wächter N. Arch. X. 662 ff.

Verbrechen sich neigenden Gesinnung ihren Ursprung haben, oder können sie an sich nicht unrechtliche Akte sein, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls bestehenden Anstalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben sie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in sich zu schließen. Die hiernach ihrem Begriffe anklebende Unbestimmtheit erzeugt die doppelte Forderung: 1) daß gesetzlich genau bestimmt werde, was als eine solche gefährliche und darum verbotene Handlung gelten soll, 2) daß nur solche Handlungen hiezu gestempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus subjektiven oder objektiven Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können. N. Rev. S. 692—703.

1) Die in der N. Rev. gegen Mohl [1]) erhobenen Einwendungen sind nicht widerlegt worden. Daß in der Rechtspolizei und in der Rechtspflege ein verschiedener Charakter der Thätigkeit herrsche, ist zugegeben, und die ganze Replik — unter Einräumung der verschiedenen Beziehungen und Zwecke — eben nur wieder auf die Gleichheit des Objekts in beiden Sphären gebaut. Wenn dabei noch bemerkt ist, daß die Rechtspflege ihrem Begriffe nach auch die Präventivjustiz in sich schließe, weil das Recht nur dann vollständig „gepflegt" sei, wenn es auch für die Zukunft gesichert stehe, so kann dies kaum ernstlich gemeint sein, da aus demselben Grunde auch die Sorge für den Unterricht, ja noch unendlich viel mehr, namentlich fast Alles, was Mohl selbst zur Polizei rechnet, der Rechtspflege vindizirt werden müßte [2]). Gegen die Einwendung der abstrakten Gleichheit des Objekts aber bleiben die früheren, aus dem Prinzip genommenen Einwürfe in voller Kraft bestehen, um so mehr als sie durch das Zugeständniß des nothwendig verschiedenen Charakters beider Thätigkeitssphären durchaus bestätigt werden [3]). Es kommt jedoch noch hinzu, daß Mohls Hauptsatz: die Gleichheit des Objekts, sich nicht halten läßt, da die unendlich bedeutendere Zahl der Verbote, zu welchen sich die vorbeugende Rechtspolizei entschließen muß [4]), keineswegs gegen solche Störungen gerichtet ist, „welche aus dem widerrechtlichen Willen des Menschen entspringen", worin nach Mohl der spezifische Gegenstand der Präventivjustiz bestehen soll [5]), sondern gegen an sich harmlose, nur durch den Konflikt mit gewissen Anstalten für das allgemeine Wohl rechtsgefährlich werdende Handlungen [6]).

---

1) v. Mohl Präventivjustiz. 2. Aufl. 1845. s. bes. S. 18. 19. n. 2.

2) Das giebt er im Wesen selbst zu a. a. O. S. 22—26, und ohne zu bemerken, daß seine scharfe Kritik ihn selbst trifft.

3) s. auch Lotz üb. d. Begriff d. Polizei. S. 13—19, und im N. Arch. III. 588. 589. 592—600. Vgl. N. Rev. §. 152—155. 156. 171.

4) Allerdings schließt Mohl die Strafverbote und Strafvollziehungen ausdrücklich von der Sphäre der Präventivjustiz aus, die er nur auf die Aufgabe beschränkt, Rechtsstörungen physisch unmöglich zu machen. Nur ist gerade hier die Konsequenz zu vermissen, z. B. S. 450, wo eine Menge von Strafverboten der Präventivjustiz zugelegt werden. Vgl. mit der gegen Lotz gemachten Bem. S. 46. n. 1.

5) s. freilich auch Wirth Ethik. II. 260. 261. Dag. N. Rev. S. 703.

6) z. B. Waffentragen, auf der Straße rauchen, Betteln ꝛc. Hier läugnet nun freilich Mohl die Beziehung auf den Rechtszustand, aber im Widerspruch mit seinem

2) Eine ganz andere Frage iſt die, ob es ſich nicht rechtfertige, einen Theil der in die Sphäre der Rechtspolizei fallenden Thätigkeiten, insbeſondere die Unterſuchung und Beſtrafung der als gefährlich verbotenen Handlungen den Gerichten zu übertragen? [1]) Dieſe Frage wurde ſchon in der N. Rev. bejaht.

3) Was nun aber die Hauptfrage nach der Exiſtenz und Natur eigenthümlicher Polizeivergehen und folgeweiſe eines ſpezifiſchen Polizeiſtrafrechts betrifft, ſo kreuzen ſich freilich auf dieſem von den Schriftſtellern über Polizei ſelbſt meiſt als troſtloſem Labirinth anerkannten Gebiete noch immer ſehr verſchiedene Anſichten, die indeſſen von unſerem Standpunkte aus folgende Ueberſicht zulaſſen. a) Eine in Deutſchland ausgeſtorbene [2]), dagegen in romaniſchen Ländern noch immer nachtreibende Schule ließ die Strafrechtspflege ſelbſt in dem Begriff der Sicherungspolizei aufgehen, ſofern ſie den Strafzwang überhaupt auf den Grundſatz der Sicherung zu begründen ſuchte. Nach dieſer Grundanſicht muß natürlich eine Polizeiſtrafgerechtigkeit anerkannt werden, aber ihr Unterſchied von der peinlichen kann nur ein quantitativer ſein [3]). Dies zeigt ſich in der Prinziploſigkeit der Scheidung beider Gebiete [4]), wie auf's Deutlichſte aus der auf jener Grundlage geſchriebenen ſcharfſinnigen Abh. von Stübel über die gefährlichen Handlungen hervorgeht [5]). b) Gerade umgekehrt behaupten Andere, daß neben der Kriminalrechtspflege von einer beſonderen Polizeiſtrafrechtspflege nicht die Rede ſein könne; der eine aus ſtaatsrechtlichen Gründen, weil dadurch alle bürgerliche Freiheit vernichtet werde [6]), andere deßhalb, weil ſie die Polizei ihrem Begriffe nach vor allem und jedem Eingreifen in Strafgeſetzgebung und Strafjuſtiz ausſchließen und lediglich auf das Vorbeugen mittelſt phyſiſcher Gewalt eingrenzen zu müſſen glauben [7]). c) Dagegen iſt die in allen Kreiſen weit am meiſten ver-

---

eigenen, überall zu Grunde gelegten Begriffe des Rechtsſtaats. ſ. beſ. S. 28. Z. 9. ff. u. Polizeiwiſſ. I. 16.

1) N. Rev. S. 696. 697. 701. 703. Mohl Polizeiwiſſ. I. 41—44. Aus andern, nicht zu billigenden Gründen kommen auf daſſelbe Reſultat Lotz im N. Arch. IV. 485 ff. Cucumus eb. VII. 253—258 und (modifizirt) Hefftter eb. 1843. S. 113—134. A. M. Roßhirt eb. XII. 309. ob. Kuhn das Polizeiſtrafrecht S. 14—16. Luden Hdb. I. 188. n. 5. ſ. übrigens auch Mittermaier d. Strafgeſetzgebung in ihrer Fortbildung I. 221—245 u. N. Arch. 1848. S. 189—191. Henke Hdb. I. §. 34. 58. vgl. Heſſ. Ed. 5. Juni 1832 u. Geſ. 24. Aug. 1848. Preuß. Geſ. 17. Juli 1847. §. 111.

2) vgl. Grolman §. 14. Klein Grundſätze S. 37 ff. Stübel Krim. Verfahren I. S. 15 ff. v. Sonnenfels Grundſätze d. Poliz. §. 352 ff. Hippel üb. Verbr. u. Strafen S. 5. Trummer in den krim. Beitr. III. 2. S. 111 ff.

3) ſ. Stübel a. a. O. I. §. 29—31.

4) ſ. beſ. Cucumus über die Eintheilung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen ꝛc. 1823. Derſ. im N. Arch. VII. 120—140. 230—281. Hier iſt zwar ein qualitativer Unterſchied poſtulirt. S. 135 ff. ſ. aber S. 134 und zum Beweiſe, wie der „qualitative" Unterſchied aufgefaßt iſt, S. 124. 125. u. eb. X. S. 58—60. 66. n. 17. S. 211.

5) im N. Arch. VIII. 236—323. Stübel unterſcheidet ſich denn auch von ſeinen Nachbetern ſehr vortheilhaft gerade dadurch, daß er dies offen herausſagt. ſ. beſ. S. 249—254. 257. 266—275. 286. 307. 309.

6) Henke Hdb. I. §. 34. vgl. Feuerbach §. 22. n. 2. Cucumus im N. Arch. VII. 242—258. Roßhirt eb. XII. 293. Mittermaier im N. Arch. 1848. S. 183 ff. u. A.

7) ſ. beſ. Lotz im N. Arch. IV. 485 ff. Hefftter eb. 1843. S. 113—134. Jarcke I. 101. Hierher gehört auch Mohl, ſoweit von der von ihm ſog. Präventiv-

breitete Ansicht die, daß allerdings Verbrechen und bloße Polizeivergehen unterschieden werden müssen, weil letztere, wenn sie sich auch immerhin letzlich doch wieder auf einen kriminalrechtlichen Gesichtspunkt (Ungehorsam) zurückführen lassen [1]), gleichwohl eine von Grund aus verschiedene Natur haben, welche nicht allein bestimmte Einrichtungen der Gerichtsorganisation [2]), sondern auch eine mannigfach verschiedene materielle Behandlung (namentlich z. B. in Beziehung auf Zurechnung zu dolus oder culpa, Versuch, Rechtsirrthum ꝛc.) [3]) bedingt. Allein die schwierige [4]) Frage ist nun eben die über die Grenze zwischen dem eigentlichen Kriminal- und dem bloßen Polizeistrafrecht. Auf dem Standpunkt der durch Kant begründeten Rechtsanschauung mußte die Rechtsidee als Produkt der gegenseitigen Selbstbeschränkung [5]) der freien Einzelwillen nothwendig in ein Aggregat von subjektiven Berechtigungen auseinanderfallen, und von einem Rechte konnte man nicht reden, ohne ein Subjekt als dessen Substrat zu denken, daher denn auch Staat, Kirche und Anderes, dem man die Eigenschaft des Berechtigtseins nicht absprechen konnte, zu moralischen Personen erhoben wurde. Gleichwohl blieb neben dieser Fiktion im positiven Rechte noch manches Verbrechen übrig, dessen Objekt sich unter jenen engen Rechtsbegriff nicht klassifiziren ließ. Hier aber bot sich nun als Aushilfe der vag aufgefaßte Gesichtspunkt der Polizei dar [6]). Gegen diese Beschränkung des Verbrechensbegriffs konnte eine Opposition nicht ausbleiben [7]), die nur freilich großentheils den wahren Nerv der Sache nicht traf [8]). Mit Recht fand man nämlich zunächst vom Standpunkt des gemeinen deutschen Rechts aus ein Aergerniß daran, daß die Rechtsphilosophen der Kantischen Schule Verbrechen, wie Incest, Sodomie, Ehebruch, Bigamie ꝛc. mit unerlaubtem Waffentragen, Tabakrauchen u. dgl. auf Eine Linie zu stellen schienen. Nur war es ein Uebelstand, daß man sich hiebei nicht selten im kriminalistischen Hochgefühl zu sehr übernahm [9]). Abgesehen hievon und von

---

justiz die Rede ist, wogegen er in Beziehung auf die von ihm sog. Interessestörungen mit dem hier Ausgeführten übereinstimmt. vgl. auch Morstadt n. 1. z. F. §. 22.

1) Richtig angegeben bei Jarcke I. S. 101. Unbegründete Einwürfe gegen Feuerbach s. bei Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 166—169. Luden Hdb. I. S. 204. n. 2.

2) Diese Ansicht bleibt dieselbe, mag man nun, wie es in Deutschland herkömmlich war, die Polizeivergehen den Polizeistellen zuweisen, oder nach französischem Muster auf die Einrichtung besonderer Polizeigerichte denken.

3) Daß damit nicht Alles, was Kuhn Polizeistrafr. S. 66 ff. aus dem Füllhorn seiner Abenteuerlichkeiten ausschüttet, anerkannt werden soll, braucht kaum bemerkt zu werden. Das Nähere s. bei den betr. Lehren.

4) N. Rev. S. 28. n. 1.

5) Diese Konsequenz wurde freilich vollständig erst von Fichte gezogen.

6) s. Feuerbach §. 22. 432 ff. Grolman §. 27. 365 ff. Tella über Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen. Abschn. 1. §. 9. v. Globig u. Huster. Vier Zugaben nr. 2. S. 45. Kleinschrod System. Entw. I. §. 5—7. Stübel im N. Arch. VIII. 269—271. Grandauer in v. Zurheins Beitr. II. 1. 93 ff.

7) Thibaut Beitr. zur Kritik der Feuerb. Theorie S. 25 ff. Mittermaier Grundfehler ꝛc. S. 30 f. Trummer in den krim. Beitr. III. 2. S. 131 ff. Rossi traité II. p. 8 9 (Birnbaum meint, daß dieser mit Feuerb. übereinstimme). Jarcke a. a. O. Abegg Lb. §. 101. Derſ. Unterſ. S. 60 f. u. im N. Arch. IX. 625 ff. XII. 620 ff. 1834. S. 579 ff. 1844. S. 501. 502.

8) Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 149—194. Mittermaier eb. 1848. S. 181 ff.

9) s. beſ. Roßhirt im N. Arch. XII. S. 293. 294. 296. 299—301. 304.

dem theoretiſch und praktiſch nichtsſagenden Auskunftsmittel, Verbrechen und Polizeiübertretungen nur formell nach den erkennenden Behörden oder zu erkennenden Strafen zu unterſcheiden [1]), war es zunächſt ganz in der Ordnung, wenn ſolche, welche von der philoſophiſchen Betrachtung kein Heil erwarten mochten, ſich einfach auf den Standpunkt des poſitiven Rechts zurückzogen und entweder auf Grundlage des römiſchen [2]) oder auf Grundlage des gemeinen deutſchen Rechts ſeit dem 16 Jh. [3]) zwiſchen Rechts- und Polizeiverbrechen unterſchieden, ohne ſich weiter um den Begriff des Polizeivergehens und des Polizeiſtrafrechts im modernen Sinne zu bekümmern. Begreiflich wurde damit nichts gewonnen, als eine genauere Einſicht in die Prinziploſigkeit der Entwicklung des gem. deutſchen Strafrechts ſeit 300 Jahren [4]). Um ſo wichtiger war es, daß Andere ſich durch die neuen geſetzgeberiſchen Verſuche in dieſem Gebiete zum Nachdenken über die Sache ſelbſt anregen ließen. Ein Fortſchritt dieſer Art lag in der freilich ausweichenden Auskunft von Birnbaum [5]) dem Begriff der Rechtsverletzung einen andern zu ſubſtituiren. Dagegen wurde die Sache am rechten Flecke angegriffen durch v. Droſte-Hülshoff [6]), ſofern dieſer darauf drang, daß man nicht das Kind mit dem Bade ausſchütten, d. h. nicht den Begriff der Rechtsverletzung wegwerfen dürfe, ſondern ihn vielmehr nur aus der Beſchränkung, worein ihn die Kantiſche Schule gebracht hatte, frei machen und auf eine Menge der bisher theils in philoſophiſchem, theils in poſitiv rechtlichem Sinne ſog. Polizeiverbrechen ausdehnen müſſe. Eben dieſen Gedanken haben denn Heffter, Jarcke und Abegg — nur in übertriebener Weiſe — ausgeführt, indem letztere geradezu wieder die Grenze zwiſchen Recht und Moral aufheben [7]), alle drei aber die eigenthümliche Polizeiſtrafgerechtigkeit im Strafrecht überhaupt ſich abſorbiren laſſen [8]). Während nun aber bei dieſen die ſpezifiſche Idee des Polizeivergehens und des darauf bezüglichen Polizeiſtrafrechts nicht zu ihrem Rechte kommt, und während der Skeptizismus bei Mittermaier [9]) zur Verzweiflung an der Möglichkeit der Auffindung irgend eines

---

305. 307 (wo die Polizeiſtrafgeſetze neben den Kriminalgeſetzen als Baſtarde bezeichnet werden). vgl. aber auch Denſ. Geſch. und S. III. S. 160—187, wo die Phantaſie wieder andere Sprünge macht.

1) ſ. beſ. Wächter Lb. I. §. 94. 107. Luden Hdb. I. 189—193. Birnbaum a. a. O. S. 162.

2) Roßhirt im N. Arch. XII. 290—317.

3) Wächter I. §. 62. II. §. 231 ff. Birnbaum a. a. O. S. 161 ff. läßt dieſen Standpunkt auch nicht aus; beſonders aber hat ſich denſelben Roßhirt Geſch. III. 160 f. nachträglich gerecht gemacht.

4) ſ. die treffende Ausführung von Lotz im N. Arch. III. 569 ff. vgl. Mittermaier Fortbildung I. 230. Stübel Syſtem des peinl. R. I. §. 16 f. Feuerbach §. 22. n. 2. Grolman §. 365. Martin §. 21. Oerſted Grundreg. S. 103 f. 211 f.

5) N. Arch. 1834. S. 149—194. u. 1837. S. 495—498. (vgl. N. Rev. S. 26. 27.) Dieſer Verſuch lehnt ſich an romaniſche Rechtsanſchauungen (Rossi, Carmigniani etc.).

6) N. Arch. IX. 600—624. A. M. Birnbaum eb. 1834. S. 154. Mittermaier Fortbildung I. 231. ſ. beſ. n. 50 (!).

7) Abegg Lb. §. 512 ff. Jarcke II. §. 1. ff. ſ. dagegen die ſehr richtige Bemerkung bei Birnbaum im N. Arch. 1836. S. 562.

8) Jarcke II. §. 22—24. III. §. 50. Abegg §. 406—418. Heffter §. 465—484.

9) Fortbildung I. 230—245.

durchgreifenden Unterscheidungsprinzips führt [1]), so hat auch die alte Feuerbachische Unterscheidung in der neueren Zeit ihre Wiederholung gefunden. Die von Luden aufgestellte Eintheilung der Verbrechen in Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen kann nämlich als eine kaum mehr als nominelle Abweichung von der Feuerbachischen Ansicht gelten [2]), sofern er nur einen Theil der Feuerbachischen Polizeiverbrechen unter andere Titel bringt [3]), wenn er auch allerdings dem Feuerbachischen Grund für die Strafbarkeit dieser Delikte einen verwaschenen Formalismus unterschiebt. Wenn nun aber hier die Ansicht der Kantischen Zeit fast in ursprünglicher Reinheit wiederkehrt, so ist es ein Anderes bei Kuhn, der gegen Feuerbachs Ansichten nicht Bombast genug aufzutreiben weiß, dabei aber gar nicht zu bedenken scheint, daß er selbst noch viel tiefer in der Kantischen Klemme steckt [4]).

4) Was das positive Recht betrifft, so ist es zunächst völlig überflüssig, hier auf die Bestimmungen des römischen Rechtes zurückzugreifen [5]), da von der Uebertragung von Konsequenzen der antiken Rechts- und Staatsanschauung auf die moderne nicht die Rede sein kann. Allein auch der Unterschied zwischen Polizei- und Kriminalstrafrecht, wie er sich in Deutschland seit dem Ende des Mittelalters theils in der Reichs-, theils in der Landesgesetzgebung (bes. in den Landesordnungen und Stadtrechten) ausbildete [6]), gewährt geringen praktischen Ertrag für unsre Zeit, welche bei allen Streitigkeiten, die noch über den Begriff der Polizei und namentlich des Polizeistrafrechts herrschen mögen [7]), jedenfalls wenigstens in

---

1) vgl. übrigens auch noch Gönner in s. Archiv I. 1. nr. 3. Behr Welchen Hauptanforderungen muß ein Strafgb. genügen? 1813. Beidtel Unters. über einige Grundlagen d. Strafgb. S. 59 f. Schwarze im N. Arch. 1843. Beil.H. S. 4—7. Mayer Grundz. des poliz. Strafr. 1845. u. bes. die im Wesentlichen mit dem hier Vorgetragenen übereinstimmenden Ausführungen von Schmitthenner in Bülaus N. Jahrb. für Gesch. u. Pol. 1846. S. 46—61. u. Hye Komm. S. 51 f., bes. S. 58. Anm.

2) Luden Abh. II. 166—184 (Mittermaier nennt dies freilich eine Kritik der Ansichten von Feuerbach u. Grolman). vgl. Hdb. I. 189—193. 203—206. 212—224. s. aber auch S. 198. n. 11 (!). Als ganz unwichtig schiebt die ganze Frage bei Seite Marezoll S. 131.

3) Dabei ist es denn merkwürdig, daß die Delikte gegen „die kirchliche Ordnung" (Ehebruch, Meineid ꝛc.) doch noch zu einer Art Bastardverwandtschaft mit den Verbrechen im e. S. kommen, während Luden die Fälle der negativen Beihilfe zum Verbrechen und die Amtsverbrechen lediglich als Gesetzes- (d. h. Polizeiverbrechen) zu charakterisiren weiß.

4) Polizeistrafrecht. s. z. B. S. 28. 29. Er warnt, „nicht einem trügerischen, die entschiedensten Gegensätze in sich vereinigenden Kriminalrecht nachzutrachten, das mehr oder minder am polizeistrafrechtlichen Firmamente die Sonne zu vernichten droht, aber mit allen ihm nachgebildeten stolzen Kriminalrechtssystemen gleich den Giganten, die auf ihrem Gebiete Berge auf Berge thürmten, um den Himmel zu stürmen und die Sonne auszulöschen, unfehlbar in der Finsterniß des eigenen Gewölkes sich verflüchtigen muß," — und ermahnt, „die strafrechtlichen Antipodenpunkte nicht vom kriminellen Zenith, sondern vom sittlichen Nadir aus zu betrachten".

5) Wie Roßhirt im N. Arch. XII. 290 ff. s. dagegen Hefftter eb. 1843. S. 125, Mittermaier Fortbildung I. 232, u. Roßhirt selbst Gesch. und System III. 160—163. 178—181.

6) Diesen sucht Roßhirt Gesch. III. 160—187 wissenschaftlich zu fixiren.

7) Hierauf legt Luden Hdb. I. 213. n. 2. Gewicht, hilft sich aber mit der einfachen Aufwärmung der Vorstellungen des 16ten Jahrhdrts, die er nur theilweise anders kostumirt; vgl. übrigens Lotz im N. Arch. III. 584—586. n. 12. Zachariä Deutsch. Staatsrecht §. 158 ff. Mohl Polizeiwiss. I. 61—68.

der Einſicht über die Nothwendigkeit der Trennung der beſondern Staatsgewalten und ihr organiſches Verhältniß über jenen Standpunkt des 16. Jahrh. weit hinaus iſt [1]). Abgeſehen von ihrer inneren Haltloſigkeit, die am ſchlagendſten daraus hervorgeht, daß theilweiſe dieſelben Delikte in Halsgerichts- und in Polizeiordnungen vorkommen [2]) und hie und da der Begriff einer Polizeiordnung weit genug gefaßt wird, um das geſammte Strafrecht zu abſorbiren [3]), hatte jene begriffloſe Scheidung auch ihre äußeren Gründe, namentlich die mit der gemäß dem Feudalſyſteme vor ſich gehenden blos quantitativen Vertheilung der Staatsgewalt zuſammenhängende Scheidung der hohen und niederen Gerichtsbarkeit [4]), und die ſpäter den gleichen Erfolg hervorbringende Eiferſucht zwiſchen Landeshoheit und Reichsgewalt [5]). Die Lehre, die man aus der Einſicht in das Chaotiſche dieſes früheren Rechts zunächſt entnehmen konnte, war die, daß der Unterſchied beider Strafgerechtigkeiten in keinem Falle blos quantitativ, ſondern zum Mindeſten vorzugsweiſe qualitativ beſtimmt werden müſſe [6]). Ueber dieſen Eklektizismus, deſſen Korrektion nur in der gänzlichen Verwerfung aller blos quantitativen Scheidung beſtehen kann, ſind nun aber die Geſetzgebungen bis auf den heutigen Tag noch nicht hinausgekommen; vielmehr unterſcheiden ſie ſich nur dadurch, daß ſie bald das eine, bald das andere Moment vorherrſchen laſſen. Das preuß. A.LR. begnügte ſich ſogar mit einer rein quantitativen Scheidung (14 Tage Gefängniß oder Strafarbeit, 5 Thlr. Geldbuße) ohne alle Rückſicht auf den Charakter der Uebertretung [7]). Die öſtreich. Geſetzgebung von 1803 dagegen ſuchte [8]) den Schwerpunkt in einer bloß prozeſſualiſchen Beziehung, wobei unter den Polizeiübertretungen Diebſtähle und Betrügereien, Ehebruch, Kuppelei, Inceſt ꝛc. erſcheinen, andererſeits wirkliche Verbrechen an die Polizei verwieſen ſind, falls ſie blos kulpos, oder von Unmündigen, zufällig Trunkenen ꝛc. begangen ſeien [9]). Den relativ gelungenſten Scheidungsverſuch machte die franzöſiſche Geſetzgebung [10]). Zwar beſtimmte ſie den Unterſchied zwiſchen Verbrechen und Ver-

---

1) ſ. beſ. Lotz im N. Arch. III. 569 ff. Hefftter eb. 1843. S. 113 ff.

2) z. B. Gotteslästerung in der PGO. Art. 106 u. in den RPOen 1530 §. 1, 1548 und 1577, Tit. 1. §. 2; — Ehebruch PGO. Art. 120 u. RPO. 1577. Tit. 26. §. 2.

3) RA. 1551 §. 70. vgl. Luden Hdb. I. 191. n. 11, beſ. aber Lotz a. a. O. S. 574—587.

4) Roßhirt Geſch. ꝛc. III. 165. Mittermaier Strafverfahren I. §. 4.

5) Lotz a. a. O. S. 578. 579.

6) ſ. beſ. Mohl im N. Arch. 1840. Beil H. S. 13. Polizeiwiſſ. I. 47. 48. vgl. Mittermaier Fortbildung I. 240—243. Wirth Ethik II. 282. 283.

7) Theil II. Tit. 17. §. 10—16. 61. 62. Tit. 20. §. 7. 8. 1122—24. vgl. Stengel Neue Beitr. z. preuß. Juſt.Verf. XVII. 306. Richter Hdb. d. preuß. Strafverf. I. 13. Lotz im N. Arch. III. 558—565. IV. 503—509. Zu dieſer unreifen Auffaſſung kehrte auch die v. Kamptz'ſche Reviſ. wieder zurück. Beſeler S. 568.

8) Einl. §. I—V. Thl. II. §. 3. 4. 28—31. vgl. überh. Jenull I. 91—112. Hye S. 20. 30. 50—71.

9) Einl. §. II. III. Thl. II. §. 34—36. vergl. Lotz im N. Arch. IV. 497—503. u. über den dem öſtr. GB. nachgebildeten Bair. Entw. v. 1822 Cucumus eb. VII. 232—281. Oerſted Krit. d. Entw.

10) Code pénal art. 6—9. 464. sq. vgl. Code d'instr. crimin. art. 138. 145—154. Hélie théorie VIII. 269 sq. Lotz im N. Arch. IV. 492—497. Cucumus eb. VII. 230—232. Mittermaier n. 4. z. F. §. 22. Ueber Nachbildungen in Holland und Italien ſ. Denſ. Fortbildung I. 222. vgl. Denſ. N. Arch. 1848. S. 204—208. Royer in d. encyclop. du droit VI. p. 458 sq. vgl.

gehen einerseits und Polizeiübertretungen andererseits zunächst auch nur nach der Strafgröße. Aber nicht allein fügte sie dazu noch ein anderes, sehr wichtiges Moment, die Abstufung der Gerichtsverfassung, sondern sie zeigte auch darin einen richtigen Takt, daß sie — mit sehr wenigen Ausnahmen [1]) — den Kreis der Polizeiübertretungen von allen wirklichen Rechtsverletzungen (die in höheren Graden als Vergehen oder Verbrechen erscheinen) freihielt. Gerade in diesen beiden Beziehungen fiel die Nachahmung im bair. Strafgb. von 1813 nicht glücklich aus [2]). Denn theils wurde den an sich richtig definirten Polizeiübertretungen eine Reihe von geringeren Rechtsverletzungen an die Seite gesetzt [3]), theils wurden diese Fälle insgesammt den Polizeibehörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen, dabei aber nicht einmal die dahin gehörigen Fälle offiziell gesammelt [4]), noch auch eine Instruktion über das Strafverfahren der Polizeibehörden gegeben. Dieselben Mängel finden sich denn auch mehr oder minder in allen bis zum Jahr 1848 erschienenen Straf- und Polizeistrafgesetzbüchern [5]). Gleichwohl ist in einer wesentlichen Beziehung ein entschiedener Fortschritt bemerkbar. Bewußt oder unbewußt, hat sich nämlich die neuere Gesetzgebung unter dem Einfluß des Umschwungs der Philosophie dazu verstanden, dem Begriff der Rechtsverletzung (gegenüber der bloßen Rechtsgefährdung) eine viel weitere Ausdehnung zu geben [6]) und dadurch — wenn auch noch keineswegs immer im rechten Sinne — das Gebiet der Polizeivergehen in seiner herkömmlichen chaotischen Gestalt zu beschränken. Um so gewisser aber begehen alle fraglichen Gesetzgebungen noch den Fehler, den Begriff der Polizeivergehen durch Zumengung geringfügiger Rechtsverletzungen (Injurien, Eigenthumsbeschädigungen, Entwendungen, Unterschlagungen, Betrügereien, Körperverletzungen ꝛc.) zu verfälschen. Dafür werden denn in der Regel plausible Gründe von mancherlei Art angeführt, z. B. daß die Gerichte nicht noch mehr belästigt werden können [7]), oder daß es bequemer sei, nach bloß quantitativer Rücksicht zu trennen [8]), oder daß überhaupt erst eine Umwandlung in der Gerichts- und Verwaltungsorganisation vor sich gehen müsse, ehe eine feste

---

Medikus über die den Bürgermeistern in der Pfalz zustehende Befugniß, Strafgesetze zu erlassen. 1846.

1) z. B. Art. 471. nr. 11. 479. nr. 1. s. übr. auch Poirel Projets de code d'organisation judiciaire 1851.

2) Art. 2. 3. vgl. Anmerk. I. 68—80. vgl. Lotz a. a. O. S. 509—513. s. auch Ges. 4. Sept. 1818.

3) s. Ges. 22. Febr. 1814. 25. März 1816. Art. V.

4) s. eine Sammlung der Polizeiverfüg. bei Döllinger Report. der Staatsverw. in Baiern.

5) vgl. Polizeistraf-Gb. f. Luzern vom 30. März 1836. Polizeistraf-Ord. f. Baselstadt vom 18. Mai 1837. Weimar. Ges. v. 9. April 1839. Wirtemb. Polizeistraf-Gb. v. 2. Okt. 1839. Vgl. Mohl im N. Arch. 1840. Beil.heft. Hannövr. Str.Gesetzb. Art. 143. 151. 243. 284. 289. 311. Polizeistraf.Gb. v. 1847. Braunschw. Straf.-Gb. §. 110. 116. 131. 134. 160. 174. 194. 198. 199. 211. 216. 222. 226. vgl. d. Mot. bei Breym. S. 144. 145. Hess. Straf.Gb. Art. 313. 359. vgl. Einführ.Gesetz Art. 23—34. Pol.str.Gb. von 1847 (bald wieder aufgehoben). Bad. StrafGb. §. 477 ꝛc. vgl. mit Ges. über d. Ger.Verfahren von 1845. Art. 70. s. jedoch das EinführGesetz von 1851. Art.12 ff.

6) Namentlich im Gebiet der sog. Fleischesverbrechen, des Meineids, der Gotteslästerung ꝛc. s. den bes. Theil.

7) s. Mohl im N. Arch. a. a. O. S. 12—16.

8) Dies behaupten wieder die neuesten bairischen Motive.

Grenze zwiſchen den fraglichen Gebieten gezogen werden könne [1]). Alle derlei Gründe haben jedoch praktiſch nur ephemeren Sinn, d. h. ſie ſind einfache Konſequenzen der Kleinſtaaterei und ihrer Geldnoth. Eben hierauf beruht aber im Weſentlichen auch der andere Mangel, daß die polizeiſtrafrechtliche Kodifikation eine im höchſten Grade lückenhafte [2]) und daher meiſt nur den Strafgeſetzbüchern ebenſo ſelbſt- als begriffslos angehängte und zu unzähligen Inkonvenienzen [3]) führende war. —

Seit 1848 dagegen iſt in zwei größeren Staaten ein Fortſchritt theils gemacht, theils angebahnt, den man auch in den übrigen nicht auf die Dauer ignoriren kann. Uebrigens iſt dieſer Fortſchritt, ſoweit er in dem preuß. Geſetzb. gefunden werden kann [4]), noch immer nicht mehr als eine Nachahmung des Code pénal. Der Angelpunkt der Unterſcheidung iſt der quantitative (Strafgröße und Zuſtändigkeitsverhältniß, letzteres in dem prägnanten Sinne des franzöſiſchen Rechts); der qualitative Unterſchied wird als Nebenſache behandelt, und zwar mit minder feinem Takte, als im franzöſiſchen Recht [5]); endlich iſt der betreffende Theil des Geſetzbuchs weit entfernt, ein umfaſſender Polizeiſtrafkodex zu ſein, hat aber doch wenigſtens den Vorzug, daß für die Polizeiübertretungen in einigen Hauptpunkten [6]) die Vorſchriften des für Verbrechen beſtimmten allgemeinen Theils modifizirt werden [7]). Dagegen hatte ſich der bair. Entw. 1831 ganz ſtreng an den qualitativen Unterſchied gehalten. Denſelben Grundſatz hat auch der neueſte Entwurf vorwiegend berückſichtigt [8]), wenn auch nicht als unbedingt bindende Richtſchnur beibehalten, weil es unpraktiſch wäre, ganz geringfügige Rechtsverletzungen in Beziehung auf Gattung und Folgen der Strafe, wie auf die Form des Verfahrens den Vergehen gleichzuſtellen, überdies ein Hauptmotiv des Entw. von 1831 hinweggefallen ſei, ſofern jetzt auch die Polizeiübertretungen zur Unterſuchung und Aburtheilung den Gerichten zugewieſen ſeien [9]). — Beſon-

---

1) Dieſer Einwurf iſt der ehrlichſte von allen, den man denn auch nicht kann widerlegen wollen.

2) Mohl a. a. O. S. 18—28. ſ. übr. Schumm Wirt. Polizeiſtrafrecht. Noch ſchlimmer ſieht es freilich da aus, wo nicht einmal ſo viel geſchehen iſt, als in Wirtemberg.

3) Mohl a. a. O. S. 28 ff.

4) §. 1 und 332 ff. vgl. Einführ-Geſ. Art. 13. 14.

5) Beſeler S. 59—61 vertheidigt dieſe Behandlung ohne Grund. Die S. 61 erwähnte Verlegenheit iſt keine, da kulpoſe Vergehen als ſolche nicht zu den Polizeiübertretungen gehören. vgl. aber S. 568—570. Wentzel Ergänzung des preuß. Straf.Gb. S. 8. Temme Gloſſen S. 322.

6) §. 336—339. vgl. Beſeler S. 576—578.

7) Die Eintheilung nach neuem öſtr. Recht in 1) Verbrechen, 2) Vergehen und Uebertretungen, die das Strafgeſetzb. enthält, 3) geringere Uebertretungen, die letzteres nicht enthält, bezieht ſich nur auf die Kompetenz und das Verfahren. Unter nr. 2 ſind die kulpoſen Verbrechen, die Verbrechen der Unmündigen, und alle geringeren doloſen Verbrechen neben einer Reihe bloßer Polizeiübertretungen enthalten. Es ſind jedoch auch mehrere der unter 3) gedachten (rein polizeilichen) Uebertretungen an die Bezirksgerichte verwieſen. Strafpr.Ordn. 1853. §. 9. Hye S. 20. 30. 21. 50—71.

8) ſ. die Motive in der Einl. A. M. iſt der vorläufige Bericht des Abg. Weis (in abſprechender und unwiſſenſchaftlicher Manier). ſ. dag. auch die Motive von 1827. S. 10. 441, und von 1831. S. 9. Mittermaier Fortbildung I. 238—243.

9) Den letzteren Grund kann man gelten laſſen, nicht aber den erſteren, und zwar um ſo weniger, da die Motive ſelbſt für die Nothwendigkeit der Abfaſſung eines beſon-

dere Beachtung verdient noch die freilich von Theoretikern und Gesetzgebungsfaktoren sehr verschieden beantwortete Frage [1]), ob die Abfassung eines allgemeinen materiell umfassenden Polizeistrafgesetzbuchs bevorwortet werden müsse, oder nicht? Die zutreffendste Beantwortung dieser Frage ist wohl die, welche von einem solchen Gesetzbuche Vollständigkeit in Beziehung auf die leitenden Grundsätze fordert, daneben aber die Zuweisung der speziellen Anwendungen größtentheils an die zur Regelung der einzelnen Materien bestimmten Gesetze zuläßt. Daß endlich die Gesetzgebung — vollends in einem größeren Staate — hier nicht Alles allein besorgen kann, sondern Vieles der statutarischen Feststellung durch Anordnung der Behörden innerhalb einer ihnen zu diesem Behuf gesetzlich verliehenen Kompetenz überlassen muß [2]), liegt in der Natur der Sache.

§. 19.

Beide Forderungen, die Gesetze über Verbrechen überhaupt bekannt zu machen (§. 16), und die als gefährlich zu verbietenden Handlungen insbesondere gesetzlich festzustellen (§. 18), setzen eine Macht voraus, welche berechtigt und verpflichtet ist, den allgemeinen Willen in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit auszusprechen. Beide Forderungen sind aber Ausflüsse der allgemeinen doppelten Forderung, daß das Recht überall als das Wohl der Einzelnen verwirklicht und daß das Wohl der Einzelnen als Rechtsangelegenheit behandelt werde, und hiernach der weiteren Forderung einer höheren allgemeinen, eben diese Wechselwirkung organisch realisirenden Thätigkeit. Da nun in der Vermittlung von Recht und Wohl nichts Anderes sich darstellt, als die im Begriff des Rechts liegende Vermittlung des allgemeinen mit dem Einzelwillen in dem Kreise des äußeren Daseins (die als das eigene Interesse der Individuen verwirklichte Herrschaft des sittlich Nothwendigen in dieser Sphäre, §. 1), so liegt in der Realisation jener Wechselwirkung die organische Verwirklichung der Rechtsidee selbst in ihrer Totalität.

§. 20.

Die allgemeine Macht, welche hiezu den Beruf hat, ist diejenige, welche, den allgemeinen Willen (gleichsam die allgemeine Persönlich-

---

dern Polizeistrafgesetzbuchs namentlich auch darauf sich berufen, daß der wesentliche innere Unterschied bloßer Rechtsgefährdungen von wahren Rechtsverletzungen es nothwendig mache, manche allgemeinen Grundsätze über Versuch, Theilnahme ꝛc. für die Uebertretungen (also auch für kleine Diebstähle?) in mehrfacher Beziehung anders, als für die Verbrechen und Vergehen festzustellen.

1) Dafür s. die preußischen Bestrebungen bei Beseler S. 568. 569 und den neuesten Bair. Entw. Mohl im N. Arch. 1840. Beil.H. S. 18—28. Dagegen die bei letzterem angeführten Bedenken der Wirt. Regierung, und die Wiederaufnahme dieser von Mohl widerlegten Bedenken durch den (bair.) Refer. Weis.

2) Bedenken darüber s. bei Mohl a. a. O. S. 54—56. vgl. dag. Beseler S. 570. 571. Preuß. Gb. §. 332 und Ges. über die Polizeiverw. vom 11. März 1850 bei Wentzel Ergänzung S. 74—78. vgl. Beseler S. 571—573. Medikus a. a. O. Champagny traité de la police municip. 1844. Hélie VIII. 340 sq.

keit) in sich verkörpernd, den Individuen als ein aus sich seiendes, das gesammte Gebiet der objektiven Existenz des sittlich Nothwendigen umspannendes Ganzes gegenüber tritt, — der Staat. N. Rev. §. 185.

3. Der Staat.

§. 21.

Als dieser Ausdruck der sittlichen Idee im Gebiete des äußeren gesellschaftlichen, räumlich und zeitlich bedingten Daseins hat der Staat 1) den besonderen Volksgeist zu seinem Organe [1]). Der allgemeine Wille in dieser Sphäre ist daher Ausfluß der Volksüberzeugung, und das positive Recht erscheint als Ausdruck des Volkswillens, der einer unter die Kategorieen von Raum und Zeit fallenden Entwicklung unterliegt. Somit ist auch das positive Strafrecht als Recht eines bestimmten Staats wesentlich durch die Nationalität bestimmt und steht unter den allgemeinen Gesetzen der Endlichkeit. — 2) Indem nun aber der Staat den Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität darstellt, so umfaßt und trägt er nothwendig alle einzelnen Rechtssubjekte und relativen sittlichen Organismen, soweit sie überhaupt den Boden des äußeren Daseins betreten und deshalb den Typus des Rechts annehmen (Persönlichkeit, Familie, Kirche ꝛc. §. 1) als das höhere und fundamentale Ganze. Jedes Verbrechen gegen eine solche besondere sittliche Potenz erscheint daher, da das Verbrechen stets ein prinzipieller Angriff auf das Recht ist (§. 6), als ein Angriff auf das Grundprinzip des Staats selbst, und eben deshalb ist nicht der Träger des verletzten besondern Rechts, sondern der Staat, als das Organ der angegriffenen Substanz der Rechtsidee, die zur Reaktion gegen das Verbrechen ebenso schlechthin berechtigte wie verpflichtete Macht [2]). Indem jedoch der Staat alle sittlichen Kreise, sofern sie den Boden des äußeren Daseins betreten, in sich aufnimmt, so muß er gegen diejenigen derselben, welche ihr Prinzip außerhalb der objektiven Sittlichkeit haben und nur relativ den Rechtstypus annehmen (Familie, Kirche, Schule) die Grenze der beiderseitigen Berechtigung genau einhalten. — 3) Je schärfer er aber diese Grenze einhält, um so unbedingter erscheint er innerhalb seines eigenthümlichen Gebiets als die zur Gesetzgebung und Rechtspflege gegen Verbrechen und gefährliche Handlungen ausschließlich berechtigte sittliche Macht.

---

1) vgl. v. Savigny System I. S. 13 ff.

2) N. Rev. §. 186. 195. Wendepunkt S. 19–21. zum Theil A. M. ist Schröter Hdb. I. S. 59. 60. s. jed. dens. §. 16.

Die Ansicht, daß das Strafrecht in das Gebiet des Privatrechts gehöre [1]), ist eine längst überwundene [2]).

A) Die Beziehung des Verbrechens auf die Strafgesetze eines bestimmten Staates.

§. 22.

Vermöge seiner nothwendig gesetzten Beziehung auf das positive Recht eines bestimmten Staates verfällt der Begriff des Verbrechens dem allgemeinen Gesetze der Endlichkeit, und zwar a) dem Gesetze des Raums, wodurch sich die Lehre vom Umfang der Wirksamkeit der Strafgesetze bestimmt, b) der Kategorie der Zeit, woraus sich die Bestimmungen über die Dauer ihrer Wirksamkeit ergeben; c) schließt sich die Strafgesetzgebung eines bestimmten Staats zu einem besonderen, aus sich selbst zu erklärenden und zu ergänzenden Ganzen ab, woraus die Regeln über die Auslegung und die Anwendung der Strafgesetze fließen.

a) Umfang der Strafgesetze.

§. 23.

Aus der nothwendigen Individualisirung des Rechts nach der Territorialität folgt, daß der Staat für sein Gebiet kein anderes Gesetz als geltend anerkennen kann, als das seinige, das eben seine individuelle Bestimmtheit ausmacht. Aus demselben Grunde folgt aber auch, daß er andere Staaten in derselben ausschließlichen Individualität anerkennen muß. Auch steht diese nothwendige Individualität des Rechts der Idee eines Weltbürgerrechts nicht entgegen, da es damit ganz wohl vereinbar ist, den Angehörigen fremder Staaten im Inlande denselben Rechtsschutz im Gebiete des bürgerlichen Rechts zu gewähren, wie den Bürgern des eigenen Staats, ja sogar dieselben in manchen Hinsichten nach den Gesetzen ihrer Heimath rechtlich zu behandeln. Denn die Idee des Weltbürgerrechts hat eben nur Sinn im Kreise des Privatrechts, da in ihr nur dies liegt, daß der Mensch, wo er auch seine Heimath habe, in jedem Staate allgemeinen Rechtsschutz, d. h. Anerkennung als freie Persönlichkeit finden müsse, nicht aber auch daß die spezifischen Staatsfunktionen und die besonderen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze des konkreten Staats sich in

---

1) Kleinschrod III. §. 130. Weber über das Studium der Rechtswiss. S. 54 f. Falck Encyklop. 4. Ausg. S. 57 f. f. aber auch noch Roßhirt Gesch. und Syst. III. S. 311. Daß durch Konventionen von Privaten kein Strafrecht entstehen könne, sagen schon l. 7 §. 16. l. 38. D. de pactis (2. 14.)

2) Aschenbrenner im A. Arch. IV. 1. S. 89—105. Feuerbach §. 1 und Morstadt n. 5 hiezu. Wirth Ethik. II. 281. v. Savigny Syst. I. S. 26. 27. Hefftter §. 7. 12. 18. Abegg §. 7.

ihrer Anwendung auf Auswärtige ändern müßten. Dieſe ſtehen vielmehr ſchlechthin unter dem Prinzip der Territorialität — in dem doppelten Sinn, daß ſie in dem betreffenden Gebiete ausſchließliche, und daß ſie über daſſelbe hinaus keine Geltung haben. Zu denſelben gehört nun aber weſentlich die Verwaltung der Strafgerechtigkeit, die ſich hiemit auf das konkrete Staatsgebiet zu beſchränken und in andern Staaten das gleiche Recht zu achten hat. Die Forderung des völkerrechtlichen Friedens wird dadurch gewahrt, daß ein Staat dem andern diejenigen Perſonen, welche auf dem Gebiete des letzteren gefrevelt haben, ausliefert oder, falls es ſeine eigenen Bürger ſind, deren Beſtrafung im Namen des berechtigten Staats übernimmt. Letzteres (die Nichtauslieferung der Angehörigen) rechtfertigt ſich nämlich dadurch, daß der Staat zu ſeinen Bürgern in einem urſprünglicheren Verhältniſſe ſteht, als der auswärtige. Dabei muß aber ſtets das im konkreten Fall mildere Geſetz zur Anwendung kommen, — das auswärtige deshalb, weil nur dieſes das übertretene iſt, das einheimiſche deshalb, weil der Staat durch die Anwendung eines härteren Geſetzes, als welches er ſelbſt für gerecht hält, ſein eigenes Rechtsbewußtſein verläugnen würde. N. Rev. 736—750. [1])

1) Den einzigen feſten Punkt in dieſer Lehre bildet das Prinzip der Terri-

---

1) ſ. G. L. Böhmer de delictis extra territor. adm. 1748. B. J. Mohl de jurib. ac obligat. spec. germ. rer.publicarum inter se in exercenda jurisd. crim. obviis. 1787. Rudolph de poena delictorum extra territ. adm. 1790. Wiesand de reo secundum leges loci, ubi del., non semper puniendo. 1791. Stübel utrum et quatenus fori nostri usus in pun. subditorum temp. delictis etc. 1793. Buschleb C. de princ. j. civ. circa comprehensionem ꝛc. peregrinorum ꝛc. 1800. — Egger in v. Zeillers jährl. Beitr. 1809. IV. nr. III. Tittmann d. Strafrechtspfl. in völkerr. Hinſicht. 1817. Abegg üb. d. Beſtrafung d. im Ausland beg. Verbr. 1819. Eſcher vier Abhandl. S. 123 ff. Homan de del. peregrinor. Gron. 1823. Wens de del. a civib. extra civit. suam adm. 1824. van Nauta de del. adv. peregrinos. 1825. Rolin de jurisd. judiciorum nostr. in extran. 1827. Puraye quaten. v. in regno v. extra regnum delinquentes nostris legib. ten. 1826. Siegenbeck quid jure crim. praec. sit de pun. factis extra terr. adm. 1827. Cosman de del. extra civit. fin. adm. 1829. Reinhard Abh. üb. Crim. u. Civ.R. 1830. S. 1 ff. v. Asch van Wyk de del. extra territ. adm. 1839. — Kleinſchrod ſyſt. Entw. II. §. 122—124. Stübel Grundſ. z. d. Vorleſ. üb. d. allg. Th. d. Crim.rechts §. 134 ff. Klein Grundſ. d. peinl. R. §. 52. 53. u. Rechtsſpr. d. Hall. Jur.Fak. I. S. 6 ff. Grolman Grundſ. §. 107. 166. Feuerbach Lb. §. 31—40. Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. S. 4 ff. Martin Lb. §. 26. Henke Hdb. I. §. 90. Wächter Lb. I. §. 35. Roßhirt Lb. §. 39. 97. 98. Jarcke I. §. 49. Hefftter §. 25—27. Marezoll §. 23. Schmid Staatsr. §. 87 ff. v. Martens Völkerr. §. 100 ff. Klüber VR. I. §. 63 ff. Pölitz Völk.R. §. 37 ff. Hefftter VR. §. 36. Oppenheim Völkerr. S. 384—387. Fölix droit international p. 534 sq. Kamptz Jahrb. XLVII. S. 19 ff. Wirth Ethik II. 356—358. Krug in d. krim. JB. f. Sachſ. I. H. 3. S. 259 f. Juriſt. Ztg f. Hannov. II. H. 1. S. 179 f. Berner Wirkungskreis d. Strafgeſ. S. 80 ff. Zachariä N. Arch. 1852. S. 35 ff. R. v. Mohl Reviſ. d. Lehre vom Aſyl. 1853. Meine Abh. in d. krit. Zeitſchr. f. ausl. Geſ.geb. XXII. 47—91.

torialität, in der Staatspraxis wie in der Doktrin [1]). Kaum minder allgemein ſteht aber in der Praxis aller ziviliſirten Völker der Grundſatz der Nichtauslieferung der Unterthanen feſt [2]). Die einfache Verbindung beider Grundſätze giebt der § an. — Das Prinzip der Territorialität erleidet nur zwei, gleichfalls allgemein anerkannte, theils im Staats-, theils im Völkerrechte begründete Ausnahmen: hinſichtlich des Regenten [3]) und hinſichtlich derjenigen Perſonen, welche das Privilegium der Exterritorialität genießen [4]). Außerdem ſind noch Zweifel hinſichtlich ſolcher Verbrechen erhoben worden, welche vom Inlande aus gegen einen Ausländer begangen werden, jedoch mit Unrecht [5]). Weder hier noch bei Verbrechen, die vom Inlande aus gegen einen auswärtigen Staat verübt werden, iſt das Strafrecht des dieſſeitigen Staats zu bezweifeln; es iſt aber in beiden Fällen nicht auf Gründe des politiſchen Intereſſes [6]), ſondern lediglich auf den Grund des verletzten dieſſeitigen Geſetzes zu ſtützen. Darin liegt aber natürlich von ſelbſt die Verpflichtung des dieſſeitigen Staats [7]), Verbrechen gegen fremde Staaten [8])

---

1) ſ. Wächter Lb. I. §. 35. n. 84. 86. Feuerbach §. 31. Heffter §. 25. 26., beſ. Abegg a. a. O. S. 25—29, obwohl damit die in dieſer Abh. zu Hilfe genommene philoſophiſche Grundlage (S. 10 f.) nicht gebilligt werden ſoll. vgl. die heſſ. Motive v. 1824 b. Breidenbach I. 1. S. 229. die ſächſ. bei Weiß S. 45. v. Mohl S. 15. 16.

2) Gutjahr de exhibitione delinquentium. 1795. 97. Provò-Kluit de deditione profugorum. 1829. Fölix droit intern. p. 578 sq. Heffter Völk.R. §. 63. Martens droit des gens §. 101. Vatel I. §. 233. II. §. 77. Berner a. a. O. S. 184.

3) Belmont de jure puniendi principem. Meister de jure quod in del. person. illustr. pun. obtinet. Kant metaph. Anf.gründe §. 49. Tittmann Hdb. I. §. 30. Feuerbach §. 29. Klüber Bundes-R. §. 190. Henke Hdb. I. 199. 200. Mohl Verantwortlichkeit der Miniſter S. 8 ff. Schmid Staatsr. §. 57. (A. M. Trummer krim. Beitr. III. 2. 144. 145.) Berner a. a. O. S. 202 ff.

4) Bynckershoek de jud. compet. legati. 1721. Fölix p. 266 ff. Belmont l. c. Klüber VR. I. §. 49. 204 ff. v. Martens VR. §. 99. 215. 267. Heffter VR. §. 42. 214. Hélie Traité de l'instr. crim. II. p. 526—62. Mittermaier n. 1. u. Morſtadt n. 1. z. F. §. 31. Martin Rechtsgutachten, I. 285 ff. Temme Gloſſen S. 51. Berner a. a. O. S. 206 ff. (ſ. hier weitere Literatur).

5) Tittmann Strafrechtspfl. in völkerr. Hinſ. S. 15. ſ. dag. Rec. im N. Arch. I. 681. Abegg a. a. O. S. 27—29. Ungenau iſt Schröter I. §. 46.

6) ſo Tittmann a. a. O. Wirth Eth. II. 357, und von einem andern Standpunkte aus die heſſ. Motive v. 1824 b. Breidenbach I. 1. 230. Unbeſtimmt läßt die Frage Henke I. 604. d.

7) Ueber die Abweichungen des poſitiven Rechts und die nothgedrungenen Auskunftsmittel dagegen ſ. unten. Annähernd, aber ſchwankend Berner a. a. O. S. 86. 138. 139. 156 f. 188 f.

8) Die Berechtigung, Verbrechen gegen auswärtige Staaten in der Strafe niedriger zu ſetzen (Wirth a. a. O. S. 357) läßt ſich wohl begründen; nur wird betr. Falls der Staat auch die ſittliche Verpflichtung haben, ſeinen zeitlichen Unterthanen dem verletzten fremden Staate, deſſen bleibender Unterthan jener iſt, auszuliefern, beſonders dann, wenn er nur in fraudem legis das dieſſeitige Gebiet gewählt hat, um das Verbrechen bequemer begehen zu können, — es müßte denn der bei Wirth S. 357 ob. geb. Fall vorliegen. A. M. iſt, ſehr inkonſequent, Henke I. 604, ſ. aber auch Heffter §. 26. n. 2 u. N. Arch. 1837. S. 330. Krit. Zeitſchr. a. a. O. S. 82—84. Hye S. 532 Note.

und ihre Unterthanen als solche anzuerkennen und infolge davon mit Strafe zu bedrohen [1]).

2) Nur selten jedoch wird das Territorialitätsprinzip von den Schriftstellern in voller Strenge festgehalten; und diejenigen, welche es thun, machen es sich entweder dadurch leicht, daß sie die Fälle des Konflikts, wie sie nun doch einmal der positive Rechtszustand (s. u.) unläugbar darbietet, nicht oder nur theilweise berühren [2]), oder machen sie einzelne Einräumungen, womit das Prinzip nicht zusammenbestehen kann [3]), während es doch gerade bei dieser Frage dringender als sonst geboten ist, die Forderungen, welche aus der Idee des Staats und des Verbrechens fließen, durchaus von denjenigen Maßnahmen zu sondern, welche wegen des unvollkommenen positiven Rechtszustandes etwa empfehlenswerth sein mögen. Hiemit ist jedoch das im Paragraphen hinsichtlich der Nichtauslieferung der Inländer Ausgeführte nicht zu verwechseln, da hiebei die Strenge des Prinzips durchaus gewahrt bleibt [4]). — Die meisten deutschen Schriftsteller nun aber stellen neben dem Territorialitätsprinzip und im offenbaren Widerspruche mit demselben [5]) das weitere auf: daß Inländer auch wegen ihrer im Auslande begangenen Verbrechen den inländischen Strafgesetzen unterworfen seien. Diese Ansicht theilt sich jedoch sogleich wieder in verschiedene Unterarten und stützt sich auf sehr verschiedene Gründe. Zunächst sind zwei Fälle zu unterscheiden: a) Das Verbrechen des Inländers im Auslande war gegen seinen heimischen Staat oder gegen einen im Auslande befindlichen Landsmann gerichtet. Für das Strafrecht des Inlands in diesem Falle wird als spezifischer Grund [6]) der angeführt, daß der einheimische Staat hier das Recht und die Pflicht habe, sich selbst und seinen im Auslande befindlichen Angehörigen zu schützen. Ueber den ersten Theil dieser Behauptung s. unter 3). Der andere aber taugt deshalb nichts, weil die Strafe (im Unterschiede von der aus dem Verbrechen entspringenden Schadensersatzpflicht) gar nicht als Genugthuung für den Verletzten zu betrachten ist [7]), weil ferner die behauptete, durch Errichtung von Gesandtschaften, Konsulaten ꝛc. sich äußernde Schutzpflicht zwar allerdings vorhanden [8]), aber gerade im vorliegenden Fall

---

1) Hierin liegt der wahre Beitrag zu der „Weltrechtsordnung", nicht in der Durchbrechung des Territorialitätsprinzips, wie v. Mohl es nimmt.

2) so z. B. Schröter I. §. 46. Martin §. 26. 41. Scharfsinnig, aber irreführend ist die Begründung von Trefurt im N. Arch. 1838. S. 277. 278, bloß letzteres die von Trummer in den krim. Beitr. III. 2. 141—144.

3) so bes. Henke I. §. 90, s. auch Wens l. c. p. 24—33. 51—73, der jedoch auch im Punkt der Auslieferung nicht konsequent ist; in anderer Weise gilt dasselbe auch von Abegg §. 36.

4) Die gegentheilige, von Abegg gezogene Folgerung ist daher nicht nothwendig, wie Breidenbach I. 1. 252. n. 6 meint.

5) Wens l. c. p. 19 sq. Abegg S. 38. 49. n. 53. vgl. v. Schirach Krit. d. Entw. f. Schlesw.Holstein S. 61. Stelzer Krit. dess. Entw. S. 87; die Aeußerungen des Abg. v. Carlowitz N. Arch. 1838. S. 5—12.

6) s. schon Rudolph l. c. §. 10—12. Egger in Zeiller Vorber. z. östr. Ges.kunde III. 48. Feuerbach §. 31. n. 3 u. Morstadt n. 2 hiezu. Zwar beruft sich F. zugleich auf den ad b) anzuführenden Grund, aber mit offenbarem Unrecht. s. auch Wirth Eth. II. 356. Hélie traité II. 578 sq. Tittmann a. a. O. S. 18.

7) Wens l. c. p. 19—28. N. Rev. S. 739. 743.

8) Breidenbach I. 1. 252. Wirt. Mot. §. 4. s. dag. Hufnagel Strafgb. mit Anm. S. 485.

durch die aus dem Territorialprinzip fließende Schutzpflicht des auswärtigen Staats in den Hintergrund gerückt ist [1]), weil endlich diese Schutzpflicht des fremden Staats nicht einmal an sich, sondern nur insofern der Grund seines Strafrechts ist, als sie aus dem das öffentliche Recht überall beherrschenden Territorialprinzip fließt [2]). b) das Verbrechen des Inländers im Auslande ist gegen einen auswärtigen Staat oder den Angehörigen eines solchen gerichtet. Das Strafrecht des Inlands in diesem Fall wird natürlich von seinen Vertheidigern stets mit dem zu a) in Verbindung behauptet. Vereinzelt steht nun hier die Ansicht [3]), welche das fragliche Strafrecht auf die Präventionstheorie begründet. Eine eigenthümliche Ansicht ist ferner die [4]), welche zwar an sich in dem Fall b) kein Verbrechen gegen das Inland als vorliegend annimmt, gleichwohl aber nachgiebt, daß die Gesetzgebung derlei Verbrechen um des völkerrechtlichen Friedens willen als gegen den eigenen Staat begangen betrachten und in diesem indirekten Interesse mit Strafe bedrohen könne. Allein dies ist nur relativ richtig [5]). Denn, wenn allerdings sowohl Recht als Klugheit von jedem Staate fordern, daß er die Begehung von Verbrechen gegen fremde Staaten und deren Angehörige von seinem Gebiete aus bei Strafe untersage (s. unter 1 a. E.), so folgt daraus doch noch keineswegs, daß er sich um solche Verbrechen zu bekümmern brauche oder bekümmern müsse, wenn sie auf fremdem Gebiete begangen werden. Die weit am allgemeinsten hergebrachte Ansicht ist jedoch die [6]), welche das Strafrecht des Inlands für die Fälle a und b auf den Satz stützt, daß die einheimischen Strafgesetze den Unterthan als solchen verpflichten und diese Eigenschaft durch vorübergehende Ortsveränderung nicht aufgehoben werde. Allein dieser Satz, der für das Privatrecht vollkommen wahr und mit die Quelle für die ganze reiche Blüthe des neueren sog. internationalen Rechts ist, hat im Kreise des öffentlichen Rechts nicht den mindesten Anspruch auf Geltung, wie dies am klarsten die Analogie des eigentlichen Staatsrechts beweist [7]). Anerkanntermaßen [8]) steht er im ent-

1) Abegg S. 39.

2) N. Rev. S. 739. 740. 743 u. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 65—69. A. M. Tittmann Hdb. I. §. 31.

3) Grolman §. 107. Ihrem Grunde nach geht natürlich diese Ansicht noch viel weiter, d. h. sie läßt auch ein Strafrecht gegen Ausländer zu, die im Auslande freveln. Indessen scheint doch Gr. in dieser Beziehung kein Strafrecht, sondern bloß die Auslieferung bevorworten zu wollen. s. auch Escher a. a. O. S. 127.

4) Feuerbach §. 40. vgl. Dens. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. S. 4—8. Die hannövr. Stände b. Leonhardt I. 51. Bauer Lb. §. 44. not. c. d. §. 102.

5) Wegen der irrigen Bestimmungen in §. 36 kann Abegg S. 49. n. 52 gegen Feuerbach das Erforderliche nicht vorbringen. s. dag. N. Rev. S. 745.

6) Kleinschrod im A. Arch. VII. 384. 385. Rudolphi l. c. §. 10 sq. Egger a. a. O. S. 48. Tittmann d. Strafrechtspfl. ꝛc. S. 18 ff. Heffter §. 26. Völk.R. §. 36. Schmid Staatsr. §. 84. Bauer Abh. I. 163—165 (mit einer ganz sonderbaren Motivirung). Breidenbach I. 1. 251 f. Wirt. Mot. a. a. O., theilweise auch Marezoll §. 23 und neustens wieder Zachariä N. Arch. 1852. S. 35 f. und Berner.

7) N. Rev. S. 743. Auffallender Weise bekämpft dies v. Mohl S. 117 Note, jedoch, — was hier utiliter acceptirt wird, — nur soweit die Behauptung das Privatrecht betrifft. Daß indessen bloß eine Behauptung ohne Beweis aufgestellt worden sei, ist eine unrichtige Behauptung von Mohl. Der Beweis liegt in der Natur der Endlichkeit der Erscheinung der Rechtsidee, welche namentlich auch die Territorialität bedingt.

8) Feuerbach §. 31. n. 3. Heffter §. 27. A. M. Berner a. a. O. S. 125 f. 132.

ſchiedenen Widerſpruche gegen das allerſeits anerkannte Territorialitätsprinzip. Denn aus demſelben Grunde, aus welchem unſer Staat die bei uns delinquirenden Ausländer als Uebertreter unſerer Strafgeſetze in Anſpruch nimmt, müſſen wir doch offenbar auch unſere Bürger im Auslande als Uebertreter der ausländiſchen Strafgeſetze gelten laſſen und dem auswärtigen Staate daſſelbe Recht einräumen, das wir uns zuſprechen. Die Behauptung hätte alſo jedenfalls nur dann Sinn, wenn ſie mit Ausſchluß des Territorialitätsprinzips aufgeſtellt würde [1]). Dann aber iſt ſie für den modernen Staat durchaus verwerflich, ſofern ſie das Band zwiſchen dem Staat und ſeinen Angehörigen ganz nach dem Typus der Familie und des Patrimonialſtaats zuſchneidet [2]). — Wie ſchwach die fragliche Anſicht von innen heraus iſt, erhellt aber namentlich noch theils aus verſchiedenen ſekundären Begründungen, die nebenher beigebracht werden, theils aus allerlei Ausnahmen, die man zu machen ſich veranlaßt ſieht. So wird, was das erſte betrifft, behauptet, das Recht des einheimiſchen Staats gehe wegen des Verhältniſſes der Oberherrſchaft dem des verletzten vor [3]), — oder: durch die fraglichen Verbrechen werde der vaterländiſche Staat (indirekt) mit beleidigt [4]); — oder: falls die fragliche Handlung des Inländers zwar im Ausland als Verbrechen gelte, aber dem Wohl und der Sicherheit des Inlands nicht entgegen ſei, ſo ſei es wenigſtens Pflicht der Menſchlichkeit, ſie bei uns zwar nicht von Amtswegen, aber doch auf Anſuchen des verletzten Staats zu ſtrafen [5]). Nicht minder fatal ſind aber die Ausnahmen, die man der Regel gewöhnlich beifügt (weil man denn doch dem überwiegenden Eindruck des Territorialitätsprinzips nicht auszuweichen vermag), z. B. in Beziehung auf die gegen das Ausland oder ſeine Angehörigen begangenen Verbrechen [6]), — oder Polizeiverbrechen [7]), — oder Zuwiderhandlungen gegen nicht gemeinheitliche Verpflichtungen ꝛc. [8]). — Der behauptete Satz kann daher durchaus nicht als Rechtsprinzip anerkannt [9]), ſondern muß als ſolches verworfen werden. Nicht einmal diejenige Ausnahme von dem Territorialitätsprinzip kann man gelten laſſen, die man hie und da noch macht: wenn nämlich der Bürger gegen ſeinen einheimiſchen Staat handelte [10]), — oder eine in ſeinem Lande übernommene, durch Strafgeſetze geſchützte Pflicht verletzte, oder wenn das im

---

1) Sie iſt auch in der That, geſchichtlich aufgefaßt, nur ein mißverſtandener Nachklang einer altdeutſchen Rechtsanſchauung, die von einem Konflikt mit dem Territ.Prinzip nichts wußte. Auch bei Berner S. 128 f. und Zachariä findet ſich durchaus keine neue Begründung.

2) Abegg S. 46. N. Rev. S. 744. ſ. auch v. Mohl S. 66. 67. not. 1.

3) Tittmann a. a. O. S. 21. Gegen dieſe nakte petitio princ. ſ. Abegg S. 46. Freilich liegt aber darin eine relativ ſehr richtige Vorſtellung, welche dem Letzteren nicht zum Bewußtſein gekommen iſt.

4) Dies läuft auf Feuerbach §. 40 hinaus. ſ. o. — Egger a. a. O. S. 49. 50. Tittmann S. 31.

5) Rudolph l. c. u. die Anſichten des Prinzen Johann v. Sachſen N. Arch. 1838. S. 6. ſ. dag. Abegg S. 49. 50. vgl. Jarcke I. S. 297.

6) Feuerbach §. 31. ſ. o. vgl. jedoch §. 40.

7) Grolman §. 107. vgl. Wächter I. S. 62. Berner S. 133 f. ſ. dag. v. Mohl S. 105. n. 1.

8) Heffter §. 26. Breidenbach I. 1. S. 252.

9) vgl. Leonhardt I. S. 53.

10) Abegg §. 36. Henke I. 607. 608. Marezoll §. 23. ſ. dag. oben 1) a. E. u. unten 3).

Auslande verübte Verbrechen gegen eine im Inlande befindliche Person gerichtet war [1]). (Denn das unmittelbare Objekt des Verbrechens gehört nicht zu seinem Wesen.) Vielmehr kann nur die Eine Ausnahme für zulässig erachtet werden, wenn der Inländer in fraudem legis in's Ausland geht, um dort Verbrechen zu verüben [2]). — Nach allem diesem erscheint es als weit aufrichtiger, wenn französische Juristen [3]) — von dem gleichen Interesse wie die deutschen geleitet, das Territorialprinzip mit dem Grundsatz der Nichtauslieferung der Unterthanen in Einklang zu bringen — die Abnormität verschmähen, welche in dem Nebeneinanderstellen zweier sich offenbar widersprechender Grundsätze liegt, und sich lieber geradezu auf das politische Interesse berufen. Sowenig nun freilich die Art und Weise ihrer Ausführung gebilligt werden kann, so unerläßlich [4]) erscheint es doch auf dem Standpunkt der modernen Gesittung, dem Grundsatz Rechnung zu tragen, wornach die Auslieferung der Bürger an fremde Strafgerichte für unehrenhaft gilt [5]). Nur darf dieß nicht auf Kosten des Prinzips geschehen, wie dies meist von Seiten deutscher Schriftsteller und Gesetzgebungen der Fall ist. Das allein richtige und ohne Häufung von Inkonsequenzen [6]) zum Ziele führende Auskunftsmittel s. im Paragraphen. Hiernach versteht es sich nämlich von selbst, daß eine von einem Inländer im Auslande begangene Handlung im Inlande nicht gestraft werden kann, wenn sie entweder im Auslande oder im Inlande nicht mit Strafe bedroht ist, während die Vertheidiger der bisher erwähnten falschen Grundsätze bald das eine oder andere, bald beides nur auf Umwegen [7]) und auf Kosten der Folgerichtigkeit [8]) geltend zu machen vermögen. Allerdings ist nun die Voraussetzung, die sich nach dem Territorialprinzip von selbst versteht, daß nämlich in den fraglichen Fällen der inländische Staat nicht strafen dürfe oder milder

---

1) Mittermaier n. 2. z. F. §. 31.

2) Weber von der natürl. Verbindlichkeit. 4. Ausg. S. 208 ff. Henke I. 606. 608. Marezoll, Mittermaier a. a. O. Martin §. 26. A. M. Wens p. 33, nicht aber auch, wie Mitterm. meint, Breidenbach S. 258. 259, der eben nur auf dem Standpunkte des hess. Gbs ganz sachgemäß urtheilt. vgl. auch preuß. Entw. 1847. §. 2.

3) s. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 59 ff. vgl. Hélie Traité de l'instr. crim. II. 569—583. Nicht richtig aufgefaßt sind die Ansichten der französ. Jurisprudenz bei Berner S. 95—105; nur sehr wenige Juristen huldigen dem von ihm verfochtenen feudalen Grundsatze.

4) Dies nicht erwogen zu haben, ist der Mangel in den Ausführungen von Abegg, Martin, Schröter, Wens, Cosman a. a. O. s. übr. auch schon Henke I. 606. 607. Eben denselben Fehler hat das englische Recht und theilweise das französische. s. dagegen das belg. Ges. 30. Dez. 1836. Art. 1. 2.

5) Heffter Völk.R. §. 63. Anders z. B. in Hannover. s. Leonhardt I. 60. u. nach einem Napoleonischen Dekret v. 1811. vgl. aber Fölix l. c. p. 573 sq.

6) Wie sehr hieran die neueren Gesetzgebungen leiden, darüber s. z. B. Breidenbach I. 1. 255 ff. Leonhardt I. 49—72. N. Rev. S. 747. — Auch die neue Ausführung v. Mohls, die unter Anm. 4 (s. u.) gehört, zeichnet sich wenigstens nicht durch Konsequenz aus.

7) Am leichtesten kommt man freilich ohne Prinzipien durch: s. z. B. Jarcke I. 295—297. s. dag. Leonhardt I. 53—55. Breidenbach S. 253. 255. 258. n. 3 ꝛc.

8) Konsequent bleiben freilich z. B. Heffter §. 150. Bauer Abh. I. 165 (auch nicht ganz); aber ob diese Konsequenz gerecht sei, ist eine andre Frage. Inkonsequenz herrscht dagegen bes. wieder bei Berner S. 137. 162. 163. vgl. Zachariä a. a. O. S. 39.

ſtrafen müſſe, wenn die Handlung am Orte ihrer Begehung für kein oder für ein geringeres Verbrechen erklärt iſt [1]), vielfach angefochten als eine der Selbſtändigkeit des Staats widerſtreitende [2]). Allein nicht nur iſt anderwärts ausreichend gezeigt [3]), daß bei der im §en gewählten Faſſung die Ehre der Staatsindividualität im Mindeſten nicht gefährdet iſt, ſondern es muß im Gegentheil behauptet werden, daß das Prinzip der unabhängigen Hoheitsgewalt (Souveränität) des Staats eben nur bei unumwundener und konſequenter Durchführung des Territorialprinzips gewahrt erſcheint, wogegen es offenbar empfindlich gekränkt wird [4]), wenn derſelbe Staat, der auf ſeinem Gebiete delinquirende Angehörige eines andern Staats ſeinen Strafgeſetzen zu unterwerfen kein Bedenken trägt, ſeine eigenen Angehörigen im gleichen Fall nur ſeinen eigenen Strafgeſetzen unterworfen wiſſen will [5]). Man bedenkt hier viel zu wenig, daß ein Recht, das man ſich ſelbſt zulegt, ſeines Gleichen aber abſpricht oder beſchränkt, vor vernünftiger Betrachtung nur den Werth einer gemeinen Anmaßung hat. Wenn außerdem gewöhnlich [6]) noch die Schwierigkeit geltend gemacht wird, welche der Kenntnißnahme von fremden Geſetzen entgegenſtehe, ſo darf doch wohl an die Thatſache erinnert werden, daß man ſich bis zur neueren Zeit in der Regel an den Grundſatz der Anwendung des örtlich übertretenen Geſetzes, resp. des heimiſchen, wenn es das mildere war, in der Praxis gehalten hat [7]).

3) Man begnügt ſich jedoch meiſtens nicht damit, dem Territorialprinzip den bisher beſprochenen Grundſatz der abſoluten Anklebung des einheimiſchen Strafgeſetzes entgegenzuſtellen, ſondern man vindizirt dem Staate auch das Recht, in größerem oder geringerem Umfange Ausländer zu beſtrafen, die im Auslande delinquirt haben. Indeſſen geht man doch gewöhnlich nicht weiter, als zur Geſtattung der Beſtrafung der gegen das Inland oder ſeine Angehörigen verübten Verletzungen [8]). Und auch hier iſt die Begründung (abgeſehen von den unter 4)

---

1) vgl. auch Feuerbach §. 40, der freilich zu weit geht, wenn er direkt die Anwendung des ausw. Strafgeſetzes verlangt. ebenſo Martin §. 26. n. 15. Bauer §. 44. not. d. Kleinſchrod ſyſt. Entw. II. §. 124.

2) Abegg S. 61—66. Henke I. 607. Hefftter §. 27. n. 3. §. 150. Völk.R. §. 36, wo ſehr mit Unrecht die hier vertheidigte Anſicht eine verſchollene genannt und auf einen privatrechtlichen Geſichtspunkt zurückgeführt wird. Mohl S. 127. 128, aber offenbar gegen ſein eigenes Prinzip, das nur auf eine ſekundäre Rolle des Inlands, d. h. auf unſre Anſicht führt.

3) ſ. krit. Zeitſchr. a. a. O. S. 73—80. Wirth Ethik II. 358.

4) Der entgegengeſetzten Anſicht iſt auch v. Mohl S. 69—71. 127. 128, jedoch gegen ſein eigenes Prinzip. ſ. o.

5) ſ. krit. Zeitſchr. a. a. O. S. 82—84.

6) ſ. auch Berner S. 161 f. Goldtammer I. 59. Anm.

7) Hefftter §. 150. VR. §. 36. Preuß. LR. II. 20. §. 12—15. Oeſtr. Gb. §. 34 (40). Braunſchw. Mot. b. Breym. S. 159. Leonhardt I. 50. 54. Weiß Komm. S. 45. vgl. Wirt. Gb. Art. 5. Heſſ. Art. 4. Bad. § 4. vgl. krit. Zeitſchr. a. a. O. S. 77—80. Weim. Entw. N. Arch. VI. 398. 99. Hann. VO. 26. Febr. 1822. §. 4. Sächſ. Verh. im N. Arch. 1838. S. 5—12. Emmerich in Demmes Annal. VII. 339 f. u. die Citate b. Berner S. 160. 161.

8) Mohl S. 125. n. 1 erklärt ausdrücklich, daß er dieſen Fall übergehe, — nicht zum Vortheil ſeiner Abhandlung, die dadurch lückenhaft wird. Ueberhaupt zeigt er hier aber, daß er das Strafrecht des Staats irrthümlich auf ſein Verletztſein, auf

zu erwähnenden Ansichten) in der Regel sehr dürftig. Die, welche auf den Naturzustand zurückgeht, kann füglich ganz übergangen werden [1]). Indessen ist es nicht viel mehr als eine nominelle Verschiedenheit, wenn Andere [2]), sogar die entschiedensten Vertheidiger des Territorialitätsprinzips, dem angegriffenen Staate in solchem Falle zwar nicht ein eigentliches Strafrecht, dagegen ein Nothwehrrecht (gegen In- oder Ausländer) zusprechen. Betraf die Verletzung einen Angehörigen des Inlands, so beruft man sich auf die bereits ob. gewürdigte Schutzpflicht des einheimischen Staats [3]). Weit die Mehrzahl der Schriftsteller [4]) jedoch verwirft jedes Strafrecht des Inlands in diesen Fällen, und zwar, freilich oft mit einer kaum glaublichen Inkonsequenz [5]), vom Standpunkt des Territorialprinzips aus. — Die unter 2) und 3) erwähnten Superfötationen hinsichtlich des Prinzips führen nun aber natürlich zu mannigfachen Konflikten. Sind wegen einer und derselben Handlung mehrere Strafgewalten begründet, so muß man entweder nach dem Axiom: non bis in idem [6]) der einen derselben den Vorzug (mittelst Prävention ob. dgl.) einräumen [7]), wodurch man aber gegen den Grundsatz der Souveränität verstößt [8]); oder man erkennt diesem gemäß die unbeschränkte Gleichberechtigung der konkurrirenden Strafgewalten an, muß dann aber hinsichtlich der Beachtung jenes Axioms, das man nur als Grundsatz christlicher Milde gelten lassen will, an die Zufälligkeit des Billigkeitsgefühls appelliren [9]). Nach der im §en dargestellten Ansicht fällt dagegen jede Schwierigkeit weg. Zwar ist nach dem Souveränitätsprinzip keine der beiden konkurrirenden Staatsgewalten verbunden,

---

den Selbstschutz, auf den Egoismus gründet, was gegen seine kosmopolitische Idee einen weit größern Widerspruch bildet, als das Territorialitätsprinzip in der hier gegebenen Darstellung.

1) Tittmann Strafr.pfl. S. 18. Egger a. a. O. S. 53, der übrigens auf seinem Standpunkte eine scharfsinnige Anwendung von dem Grundsatze: vol. non fit injuria macht. Rudolph l. c. §. 8. 9. vgl. Abegg S. 52—54. Neu aufgestutzt ist jene verschollene Ansicht bei Berner S. 141 ff.

2) Abegg §. 36. 38. Martin §. 41. Schröter §. 46 (?). Oersted Grundregeln S. 139 f. vgl. Wirt. Mot. §. 4. Hess. Mot. v. 1824 b. Breidenb. I. 1. 230. Hufnagel I. 12. Cosman l. c. p. 25.

3) vgl. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 86—90.

4) Feuerbach §. 31. Martin §. 26. Abegg S. 52—57. Henke I. 605. 606. Marezoll §. 23. Mittermaier n. 2. z. F. §. 31.

5) Hefftter im N. Arch. XIV. 551 ff. Lb. §. 26. n. 3. Bauer Abh. I. 166. 167. Breidenbach I. 1. 272 f. Leonhardt I. 68. — Ueber Auslieferung (der Ausländer) s. Gärtner de eo quod justum est circa exhibit. reorum. 1729. Zoller de remissione delinqu. 1778. Büschleb de princip. circa comprehensionem ꝛc. reorum. 1800. Gutjahr l. c. Le Clercq de transfug. reddendis. 1823. Kluit l. c. Hélie traité II. 639 sq. Berner S. 179 f. (wo neben vielem Guten manche willkührliche Behauptung anzutreffen ist) u. besonders v. Mohl a. a. O. Das Nähere s. im Strafprozesse und im Völkerrecht.

6) Bauer §. 130. n. 1. vgl. Leonhardt I. 70. 71. v. Preuschen Krit. d. hess. Entw. S. 3 ff. Abegg Lb. S. 90. 91. Marezoll S. 77. n. 3. l. 23 C. de poen. (9. 47).

7) so Feuerbach §. 31. n. 3. vgl. aber §. 516. n. 2.

8) s. das wirt. OTrib. u. JMinist. b. Hufnagel St.Gb. mit Anm. S. 485—487, in deren Erklärungen jedoch der Grundsatz: non bis ꝛc. auf den Grund des GB. Art. 3. nr. 3. heilig geachtet bleibt (vgl. d. folg. Note). vgl. auch Abegg Lb. d. Crim.Proz. §. 63. Sehr leicht macht es sich Berner S. 137.

9) so Hefftter §. 27. n. 3. §. 181. n. 2. Völk.R. §. 36. III. Schmid Staatsr. §. 90. II. Leonhardt I. 71. Breidenbach I. 1. 253—255. 261 ff.

der andern die Priorität einzuräumen, aber die Heiligachtung des Axioms: non bis ꝛc. verſteht ſich hier aus dem Grunde von ſelbſt, weil der Heimathſtaat hier ſeine Strafgewalt ſtets nur im Namen des durch das Territorialitätsprinzip berechtigten ausübt [1]). — Eine damit zuſammenhängende Frage iſt die, ob der eine ſtrafberechtigte Staat die im andern gefällten Strafurtheile zu reſpektiren habe? Eine Verpflichtung zur Vollziehung auswärtiger Straferkenntniſſe würde nun ohne Zweifel mit dem Souveränitätsprinzip unverträglich ſein [2]). Allein auch alle Verbindlichkeit zu irgend einer Beachtung derſelben muß konſequenter Weiſe geläugnet werden, wenn man für dieſelbe Handlung verſchiedenen Staaten eine abſtrakt ſelbſtändige Strafgewalt einräumt. Denn hier helfen nicht einmal mehr die prozeſſualiſchen Grundſätze über Prävention ꝛc. aus, und man hat keine Berechtigung [3]), einer zwei- oder dreimaligen Beſtrafung entgegenzutreten. Man muß daher, um ſchreiende Ungerechtigkeiten zu vermeiden, entweder zu unbewieſenen und unfolgerichtigen Behauptungen [4]), oder zu Empfehlungen unpaſſender oder garantieloſer Maßregeln [5]) greifen, im erſten Fall aber iſt es nicht zu verwundern, wenn die Berückſichtigung der Forderungen der nakten Gerechtigkeit ſo mager als möglich ausfällt [6]), namentlich zwiſchen den verſchiedenen Gründen der Tilgung der Strafbarkeit (Verbüßung der Strafe, Freiſprechung, Begnadigung, Verjährung ꝛc.) die prinziploſeſten Unterſchiede gemacht werden. Nach der richtigen Anſicht dagegen fällt alle eiferſüchtige Rückſicht auf das Souveränitätsprinzip hinweg, und bei dem geſetzten Stellvertretungsverhältniß zwiſchen den berechtigten Staaten verſteht es ſich von ſelbſt, daß die in einem Staate eingetretenen Gründe der Tilgung der Strafbarkeit ſofort auch im andern als eingetreten gelten müſſen [7]), wogegen allerdings natürlich eine bloße Verurtheilung oder unvollſtändige Straf-

---

1) Für die nach der andern Anſicht dann eintretende Kolliſion, wenn ein Ausländer, der im Inland delinquirt hat, ſofort im Auslande geſtraft oder freigeſprochen oder begnadigt worden iſt, hat die hier vorgetragene Anſicht nicht zu ſorgen, da nach ihr in dieſem Fall der ausländiſche Staat (die Heimath des Verbrechers) in ſeinem Rechte iſt (ſ. den §. a. E.), mithin das Strafrecht des Inlands ceſſirt. (Dies war in der N. Rev. S. 909. 910 überſehen.)

2) Fölix p. 572. vgl. Schmid Staatsr. §. 90. v. Martens Völk.R. §. 107. Hefftter VR. §. 36. Oeſtr. Hofdekret v. 1788 b. Jenull I. S. 327. not. d. — Auch dieſe Fragen hat v. Mohl ſo gut als ganz ignorirt, was ſich aus ſeiner Antipathie (S. 117) gegen das Territ.Prinzip erklärt. Gerade ſeine Weltrechtsordnung hat aber die dringendſte Verpflichtung, dieſe Konflikte mit dem Souveränitätsprinzip in's Auge zu faſſen, und ſich darüber ausführlich zu erklären.

3) Richtig anerkannt von Leonhardt I. 71.

4) Hefftter §. 181. n. 2. vgl. §. 27. n. 3. §. 182. Breidenbach a. a. O. S. 261 ff.

5) Leonhardt a. a. O. vgl. Weiß Komm. S. 46.

6) ſ. z. B. Hefftter. Bauer Abh. I. 165. Breidenbach. ſ. dag. ſchon Farinacius qu. 7. §. 26. 27, der freilich auch wenigſtens die Begnadigung im Auslande nicht gelten läßt, außerdem aber ſehr ad hom. demonſtrirt, daß doch wohl einer, dem man in Venedig die Ohren abgeſchnitten habe, auch in Florenz ohne Ohren herumlaufe. vgl. Jenull I. S. 326. 327.

7) Hufnagel Strf.GB. mit Anm. S. 8. 9. nr. 4. 6. Breidenbach S. 263. Abegg Krit. d. ſächſ. Entw. S. 32. Beil. z. Wirt. Komm.ber. z. Art. 3. A. M. waren freilich Aeltere, welche das Plus nachträglich aufzuerlegen geſtatteten. ſ. z. B. Clarus §. fin. qu. 57. nr. 3 sq. qu. 58. nr. 4. qu. 96. nr. 8. Farinacius qu. 4. §. 2. qu. 7. §. 26. 27. ſo auch Berner S. 139 (über Verjährung S. 164. ?).

verbüßung in einem Staate den andern an der Ausübung seiner Strafgewalt in stellvertretender Weise nicht hindert [1]).

4) Die angef. praktischen Schwierigkeiten und Widersprüche deuten aber von selbst auf einen tiefen inneren Schaden der unter 2) und 3) besprochenen Theorieen. In der That stimmen auch dieselben wesentlich nur in dem negativen Momente zusammen, daß sie dem Territorialprinzip widersprechen. Soll nun aber dieser Widerspruch irgend wirklichen Sinn und Gehalt haben, so muß er in einer positiven Form, d. h. in dem Satze auftreten, daß der konkrete Staat trotz seiner territorialen Beschränkung gemäß der Idee des Staats (etwa auch um des völkerrechtlichen Friedens oder der Weltrechtsordnung willen) das Recht und die Pflicht habe, alle irgendwo begangenen Verbrechen zu bestrafen [2]). Abgesehen jedoch von der ganz singulären Begründung auf die Präventionstheorie [3]), wird diese Ansicht entweder auf ganz abstrakte, ideologische Vorstellungen von Recht und Staat, oder aber, wo man doch nüchterner ist [4]), auf die freilich gleichfalls vage, aus dem Privatrecht oder Völkerrecht herbeigeholte Idee des weltbürgerlichen Rechtsschutzes [5]) gestützt, wo denn theils die Natur des positiven Rechts überhaupt, theils der wesentliche Unterschied des öffentlichen Rechts vom bürgerlichen gänzlich verkannt wird [6]), jedenfalls aber die bereits erwähnten praktischen Uebelstände nur noch vermehrt werden [7]).

5) Die Quellen des gem. deutschen Rechts [8]) geben geringen Ertrag. Denn die Frage ruht auf der bewußten Anerkennung der Rechtsgegenseitigkeit zwischen verschiedenen selbständigen Staaten. Gerade dieses Element fehlte aber [9]) zuvörderst dem römischen Rechte ganz [10]). Zwar liegt in der Ausbildung des jus gentium eine höchst folgenreiche, die neue Weltperiode vorbereitende Durchbrechung der Schranke

---

1) s. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 80—82. Breidenbach S. 264—266. Hufnagel III. 34. im Wesentlichen auch Berner S. 165—168.

2) s. Krug krim. Jahrb. f. Sachs. I. 265 ff. Grolman §. 107. Siegenbeck l. c. p. 33. Egger a. a. O. S. 53 ff. Tittmann Hdb. I. S. 51. vgl. Schmid §. 87. Schön findet dies auch Heffter VR. §. 36. Lb. §. 26. n. 4. u. v. Kamptz Jb. H. 47. S. 19 ff. s. jetzt bes. v. Mohl, der jedoch schließlich zwischen den zwei von ihm (aber nicht richtig, weil keineswegs erschöpfend) aufgestellten Gegensätzen zwischen einer kosmopolitischen und einer selbstsüchtigen Ansicht zu vermitteln sucht und dabei im Wesentlichen auf das hier vertheidigte Resultat kommt, da er die Konsequenzen der „Weltrechtsordnung" selbst bedenklich findet.

3) Schon ob. wurde indessen bemerkt, daß Grolman sich zur Noth mit Auslieferung begnügt.

4) z. B. in den Wirtemb. Mot. §. 4. Erkl. d. sächs. Ministers N. Arch. 1838. S. 9. 11. v. Mohl a. a. O.

5) Etwas davon liegt auch in der Unterscheidung allgemeiner und besonderer Verbrechen bei Wirth Eth. II. 357. dag. N. Rev. S. 748. 749. vgl. auch Jenull I. 335 f. Escher a. a. O. S. 129. 131—134.

6) N. Rev. S. 738—741. 743. 745. 750. Krit. Zeitschr. S. 56—59. vgl. Hufnagel III. 629.

7) Ueber Verbrechen, die auf Schiffen begangen werden, s. das Völkerrecht. Grotius III, 3. §. 8—13. Heffter §. 73 f. 104. Ortolan règles internat. I. p. 227 sq. 291 sq.

8) vgl. Roßhirt Entw. S. 358—362.

9) Heffter Völk.R. §. 5. 8. Oppenheim VR. S. 13—15. 18. 23. 73. Oberflächlich ist Berner a. a. O. S. 88—90. s. aber auch S. 172.

10) adv. hostem aeterna auctoritas esto. vgl. l. 5. §. 2. 3. D. de captiv. (49. 15). l. 118. D. de V. S. (50. 16).

des antiken abstrakten Bürgerthums innerhalb des Staats. Allein dies berührte nicht das Verhältniß von Staat zu Staat [1]). Die einzelnen Beispiele aber von Bündnissen mit andern Völkerschaften, welche auch Bestimmungen über Strafrechtspflege enthielten [2]), sind theis eben nur Ausnahmen, theils beschränken sie sich auf die ältere römische Geschichte, und die fraglichen Bestimmungen selbst ruhen auf dem jedenfalls auf die moderne Zeit schlechthin nicht übertragbaren Grundsatze, daß ein Staat dem andern für die durch seinen Angehörigen verübte Verletzung Genugthuung zu geben und ihm daher letzteren zur Bestrafung auszuliefern habe. Mit der Eroberungspolitik des zur Weltherrschaft prädestinirten Volks vertrug sich jedoch die Abschließung solcher auf den Grundsatz der Gleichberechtigung gebauten Bündnisse bald nicht mehr. Mit der wirklich wachsenden Weltherrschaft gieng dem römischen Recht nothwendig alle völkerrechtliche Grundlage (im staatsrechtl. Sinn) verloren. Auslieferungen römischer Bürger an auswärtige Staaten wegen Verletzungen dieser [3]) mußten zur Seltenheit werden; zwar scheinen sie auch in späterer Zeit noch angeboten worden, aber, wenn sie nicht angenommen wurden, die schuldige Person im römischen Reiche unbelästigt geblieben zu sein [4]), wogegen umgekehrt der römische Staat kein Bedenken trug, Angehörige fremder Staaten zur Bestrafung sich ausliefern zu lassen [5]). Die völlige Ausbildung der Weltherrschaft erklärt hinlänglich, warum es über eine ohne Zweifel ganz unpraktisch gewordene Frage fast an allen Nachrichten fehlt. Dagegen ist die Berufung auf das in der Kaiserzeit fast ausschließliche Zurgeltungkommen des forum delicti commissi [6]) für die völkerrechtliche Seite der Frage an sich ohne Bedeutung. Daß nun aber jedes auf römischem Boden verübte Delikt [7]) von römischen Gerichten abgeurtheilt wurde, kann freilich keinem Zweifel unterliegen. Die Modalitäten hingegen, welche hiebei, falls ein Peregrine gegen einen Peregrinen oder gegen einen Römer delinquirte, in Beziehung auf Gerichtsstand u. s. f. stattfanden, sind eine historische Antiquität [8]). — Noch weniger ist aus dem kanonischen Rechte zu entnehmen, da das Recht der christlichen Kirche ihrem Begriff nach gegen die territoriale Abgeschlossenheit der einzelnen christlichen Staaten gleichgiltig sein mußte [9]). Was daher hier über das forum

1) Deshalb ist die ganze Stellung der Frage bei Rein S. 172—178 unpassend.

2) Dion. Hal. II. 37. 51. 72. III. 3. 37. 39. IV. 50. Polyb. III. 24. Liv. I. 30. XXXVIII. 38. Barbeyrac Suppl. au corps univ. dipl. de J. Du Mont. Tom. I. Sell die Recuperatio d. Römer. S. 145 ff. Pauly Realencykl. III. 466 f. 495 f.

3) Daß man wegen Verletzung eines Privaten einen Römer noch ausgeliefert hätte, ist undenkbar. Ob er aber im Inland prozessirt wurde, weiß man nicht. Dagegen geschah dies allerdings, wenn ein Römer im Auslande einen Römer verletzte. Val. Max. IV, 1, 15. Ob aber auch noch später, wird sehr zweifelhaft, da das for. domic. kaum mehr erwähnt wird.

4) L. 17. D. de legationibus (50. 7). vgl. Gell. XVII. c. 21.

5) Polyb. XXIII, 13. 14. vgl. Tac. An. II, 42. 64—67.

6) Abegg a. a. O. S. 72—74 u. A. f. dag. Escher a. a. O. S. 123. Weit eher könnte man aus dem Ausgeschlossensein des forum depreh. argumentiren.

7) Ausgenommen waren Delikte von Gesandten. Rein S. 178—181.

8) vgl. Sall. Jug. 35. Liv. XXXIX, 41. XL. 37. Cic. Brut. 22. Verr. I, 27 sq. II, 28 sq. l. 1. §. 4. D. de off. praef. urbi (1. 12). l. 3. D. de off. praes. (1. 18). vgl. l. 5. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2). Gaj. IV. 37. Rein S. 173—178.

9) Oppenheim Völk.R. S. 15. 16. 73. 74. 350.

beſtimmt wird, iſt entweder willkührlich [1]), oder dem weltlichen Rechte anbequemt [2]), in keinem Falle für die vorliegende Frage von Bedeutung [3]). Die völkerrechtliche Seite der Stellung der chriſtlichen Kirche im MA. hatte hierauf nur indirekten Einfluß, ſofern das neue Rom, an die Stelle des alten tretend, den vom Weltreich ausgeſchloſſenen Barbaren die Ungläubigen ſubſtituirte [4]), vermöge des überwiegenden Einfluſſes der Kirche aber nicht nur dieſer Egoismus des kirchlichen Rechts auch dem weltlichen Rechte der bevormundeten Staaten eingeimpft [5]), ſondern auch innerhalb des chriſtlichen Staatenkomplexes die Entwicklung des Selbſtbewußtſeins für den weltlichen Staat für Jahrhunderte zurückgehalten wurde [6]). Dieſes und eben damit die Bedingung für die Aufſtellung der vorliegenden Frage datirt ſich erſt ſeit der Reformation; aber für die Länder, denen unter dem Druck überſchwänglicher Ideen die naturgemäße politiſche Verdichtung der Nationalität verſagt war (Deutſchland und im MA. Italien) [7]) konnte der Zeitpunkt der praktiſchen Bewährung des ſouveränen Selbſtbewußtſeins in rechtlicher Form erſt zu der Zeit eintreten, wo ſie mit gebrochener nationaler Einheit in Kleinſtaaten auseinanderfielen. Zwar hatte ſich nun eine faktiſche Art von Souveränität auch hier ſchon lange vorher entwickelt und infolge davon ein dringendes praktiſches Bedürfniß die Aufwerfung der Frage nöthig gemacht, wie man extra territorium begangene Delikte zu behandeln habe. Allein die betreffenden Ausführungen [8]) der italieniſchen Praktiker und der ihnen folgenden deutſchen Kriminaliſten ſind für uns von untergeordnetem Werth, weil ſie auf der Grundlage oder mindeſtens noch unter dem nachwirkenden Einfluſſe eines zwitterhaften Kolliſionszuſtandes zwiſchen einer aufgeblähten Landeshoheit und einer dennoch nicht

---

1) ſo Clem. 2. de sentent. (2. 11). vgl. Eſcher a. a. O. S. 124. 125.

2) ſo namentlich das von Heffter §. 26. n. 2, und Jarcke I. S. 296 not. mißbrauchte c. 2. de consuetud. in VI°. (1. 2), vgl. c. 14. X. de for. comp. (2. 2) u. l. 20. D. de jurisdict. (2. 1) u. Gonz. Tellez b. Wächter I. §. 35. n. 85 cit.

3) Ungenügend iſt Berner S. 91. 92; vgl. Zachariä im N. Arch. 1852. S. 35. 36.

4) Alciat. z. l. 118 u. 225. D. de V. S. vgl. Leibnitz Praef. ad Cod. jur. gent.

5) vgl. Pütter Beitr. z. Völkerr.Geſch. u. Wiſſ. 1843. S. 48 ff. Wheaton Elem. of internat. Law. p. 51—54.

6) Oppenheim S. 16. 17. Dieſem Standpunkte gehört der Zuſtand des germaniſchen Rechts an, weniger des nordiſchen, das früher zur Entwicklung des Gegenſatzes zwiſchen Inland und Ausland kam (Wilda S. 675—678), als des kontinentalen, wo unter der Herrſchaft des Prinzips der perſönlichen Rechte das Territorialprinzip noch gar nicht aufkommen konnte. Eichhorn RG. I. §. 46. v. Savigny RG. I. S. 115 f. Zöpfl II. 2. §. 5. Gaupp Anſiedl. §. 33 f. Wilda S. 678—684. Abegg a. a. O. S. 75—78. Platner üb. d. hiſt. Entwickl. d. Deutſch. R. I. S. 38. 39. 50—52.

7) Eichhorn R.G. III. §. 397. 398. 411. Roßhirt a. a. O. S. 359. 360.

8) A. M. ſind Mittermaier n. 2 z. F. §. 31. Breidenbach I. 1. S. 255. n. 9. Berner S. 92. 93. Allein bei aller Achtung, die man der Rechts- u. Dogmengeſchichte, ſomit namentlich unter Anderm auch den Ausführungen der neuerdings ſo beſonders geliebkoſten ital. Praktiker am rechten Orte ſchuldig iſt, muß man doch die richtige Bemerkung wohl beherzigen, welche Gerber D. Priv.R. §. 8. n. 1. macht. Durch nichts wird die wahrhaft fruchtbare Benützung des geſchichtl. Elements mehr gefährdet, als durch den Mißbrauch deſſelben zu kritikloſer Aufſpeicherung eines todten Schatzes bloß antiquariſcher Gelehrſamkeit.

abzuweiſenden Unterwürfigkeit unter ein höheres Staatsganzes ſtehen [1]). Selbſt diejenigen Italiener nämlich, welche bereits das Geſpenſt einer ſolchen höheren Staatseinheit nicht mehr zu reſpektiren hatten, wußten dem Souveränitätsprinzipe keine neue Idee abzugewinnen [2]), ſondern argumentirten gleich ihren Vorgängern aus dem röm. und kanon. Recht, aus der dem früheren Zuſtande entſproſſenen Gleichberechtigung der drei gemeinen Gerichtsſtände und aus dem niedrigen Geſichtspunkte der eiferſüchtigen Bewahrung der Jurisdiktion als eines lukrativen Rechts [3]). Das Zurückgehen auf jene früheren Begründungsweiſen hat auch nicht etwa wenigſtens den Werth, daß dadurch eine Anknüpfung an die altgermaniſche Rechtsanſicht [4]) vermittelt würde. Denn die Sätze, daß jeder deutſche Volksgenoſſe Strafe nach ſeinem Stammrechte erleiden [5]) und Buße und Wergeld nach ſeinem Stammrechte erhalten [6]) ſolle, haben mit den Gründen, auf welche das forum domicilii im deutſchen Reich geſtützt wurde [7]), nichts zu ſchaffen. — In der That iſt nämlich die vorliegende Frage eine aus den Quellen des gem. deutſchen Strafrechts [8]), Doktrin und Praxis bis 1806 mit eingerechnet, unlösbare. Nach Auflöſung des deutſchen Reichs iſt ſie nur noch aus Prinzipien, nicht mehr aus Traditionen zu entſcheiden. Dieß fühlen auch die neueren geſetzgeberiſchen Arbeiten; ſie ſind ein wahrer Tummelplatz [9]) von Prinzipien (ſ. o. 1—4), die nur freilich großentheils ihre Herkunft von Traditionen nicht verläugnen können. — Sie laſſen ſich trotzdem einigermaßen klaſſificiren: A) Der idealiſtiſche Standpunkt unt. 4) iſt vertreten im preuß. A. LR. II. 20. §. 12—15. (Krim. O. §. 96—98.) und im Oeſtr. GB. §. 30—34. [10]), jedoch auf abweichende Weiſe. In den Vorſchriften des ALR. überwiegt das Territorialprinzip [11]), in denen des öſtr. Gbs. das der abſoluten Verpflichtung der Inländer durch das inländiſche Strafgeſetz und des Rechts des inländiſchen Staats auf Selbſtſchutz [12]). Erſtere kommen

---

1) vgl. Eſcher a. a. O. S. 124. Feuerbach §. 40. Anm.

2) Dies hebt auch Roßhirt a. a. O. nicht gehörig heraus, der im Uebrigen die Sache richtig anfaßt.

3) Clar. §. fin. qu. 39. n. 4. Farinacius qu. 6. n. 21. qu. 7. §. 19 sq. vgl. Carpzov. qu. 110. Meiſter Einl. in d. peinl. Rechtsgel. Bd. 1. Abſchn. 1. Hauptſt. 13.

4) Uebrigens findet ſich in der l. Sax. (nach Lindenbr. und Spangenb.) II, 8. 10. IV. V. ſelbſt das Territ.Prinzip!

5) L. Rip. XXXI, 3. 4. LXI, 1. 2. Pip. R. Cap. Lang. a. 782. c. 7. (P. I. p. 43).

6) Ed. Roth. c. 377. Cap. gen. a. 783. c. 4. (P. I. p. 46).

7) ſ. z. B. Farinacius l. c. §. 21. 23. Carpzov l. c. nr. 9. Meiſter a. a. O. §. 3. 12. Mittermaier a. a. O. §. 53. Ungenügend iſt Berner a. a. O. S. 90 f.

8) Selbſt die Nichtverantwortlichkeit des Regenten iſt keineswegs aus dem deutſchen Reichsrecht zu begründen. Sächſ. LR. III. 52. §. 3. 54. §. 4. Schwäb. LR. 124. 130 c. Gold. B. c. 5. §. 3. A. M. Grolman §. 148 a. E. Feuerbach §. 30. ſ. dag. Eichhorn RG. II. §. 288.

9) Ganz ungenügend iſt Häberlin I. S. 7. 8.

10) vgl. Jenull I. S. 325—338. Das revid. Gb. (1852 §. 36—41) enthält mehrere Korrektionen.

11) vgl. §. 7 und Krim.O. a. a. O. ſ. übrigens auch KO. 6. Apr. 1834 bei Maunkopf S. 55.

12) Nur bei Fremden, die auswärts nicht gegen den öſtr. Staat delinquirt haben, ſoll das mildere Geſetz des Auslands reſpektirt werden. vgl. jetzt §. 36 ff. und Hye

daher der richtigen Anſicht weit näher, als letztere, da ſie das Recht des fremden Staats auf den dort delinquirenden Preußen in erſter Linie anerkennen und weſentlich nur darin fehlen, daß ſie dem preuß. Staat auch gegen Fremde, die auswärts freveln, Strafgewalt beilegen [1]). B) Dagegen haben ſich dieſer Rechtfertigung aus einem, wenn auch unrichtigen, doch wenigſtens politiſch-ehrwürdigen Prinzip die übrigen Geſetzgebungen ſeit 1813 begeben [2]), und begnügen ſich vielmehr mit einer Prinzipienmengung, die von Inkonſequenzen, Lücken, Widerſprüchen und gegenſeitigen Abweichungen und Verlegenheiten ſtrotzt. Als Grundzüge erſcheinen die ob. dargeſt. Sätze: 1) Die Anwendung des Territorialprinzips auf alle im Inlande begangenen Verbrechen [3]); 2) die Nichtauslieferung der Unterthanen [4]), daher der Grundſatz, daß dieſe wegen aller irgendwo begangenen Verbrechen den inländiſchen Strafgeſetzen unterliegen ſollen [5]). Dabei geht man aber freilich von andern Motiven aus, namentlich davon, daß der Staat das Recht und die Pflicht habe, ſeine Angehörigen auch außerhalb ſeiner Grenzen zu ſchützen, resp. denen fremder Staaten um des völkerrechtlichen Friedens willen ꝛc. Schutz zu gewähren [6]) (von dem Selbſtſchutz des Staats ſ. nachher). Abgeſehen hievon ſpringt aber die Ungerechtigkeit in die Augen, wenn dieſer Satz auch von ſolchen Geſetzgebungen aufgeſtellt wird, welche Verbrechen gegen fremde Staaten ignoriren [7]); hiedurch werden dann eben dieſe fremden Staaten genöthigt, ſich gegen derlei Verbrechen ſelbſt zu ſchützen, d. h. dem Prinzip eine weitere Wunde zu ſchlagen, von Retorſionsmaßregeln noch ganz

---

S. 512—547. Vergehen und Uebertretungen des Ausländers im Ausland ſollen jetzt in Oeſtr. ganz ignorirt werden. §. 234.

1) Uebrigens ſind beide Geſetzgebungen lückenhaft, namentlich übergehen ſie die Frage über den Einfluß einer auswärtigen Beſtrafung, Freiſprechung ꝛc. ganz. ſ. übr. Jenull I. S. 327. und das not. d. cit. Hofdekret und jetzt §. 36. 235. In der Regel werden freilich alle derlei Modalitäten ignorirt. ſ. z. B. Heffter §. 26. n. 4. Marezoll S. 78 ff. Nicht einzuſehen iſt, wie v. Mohl S. 21. j. 20 auch das bair. Recht hierher ſtellen mag.

2) Ueber das franz. Recht ſ. meinen o. a. Art. in der krit. Zeitſchr. und Wens l. c. p. 83 sq. Pyraye p. 19 sq. Asch v. Wyck p. 69 sq. Hélie traité II. p. 302 sq.

3) Dieſe Beſtimmung iſt eine durchaus allen neueren Geſetzbüchern gemeinſchaftliche. Allein nicht ebenſo allgemein iſt die Forderung erfüllt, die doch wenigſtens von den Bundesſtaaten gegen einander zu erwarten wäre, daß jeder Staat den andern gleich ſich ſelbſt ſchütze. ſ. z. B. Leonhardt I. 60 u. Nachtrag.

4) Anders in Hannover. ſ. Leonhardt I. 60. Kurheſſ. VO. 1. Sept. 1820. Auch Napoleon hatte einmal das Gegentheil verordnet (23. Okt. 1811). vgl. übr. den Bundesbeſchl. 18 Aug. 1836.

5) Auch dieſer Satz ſteht in Deutſchland allgemein feſt. Oeſtr. Gb. §. 36 (§. 30). Bair. Prom. Ed. Art. 3. Mecklenb. Geſ. 24. Aug. 1826 u. 16. Jan. 1838. Braunſchw. VſU. §. 205. Sächſ. Gb. Art. 2. Wirt. Gb. Art. 3. Hannövr. Gb. Art. 2. Heſſ. Gb. Art. 4. Bad. Gb. §. 4. Thüring. Art. 2. Allgemein angenommen iſt jedoch ebenſo die Ausnahme der Exterritorialität der Geſandten, fremder Regenten und durchmarſchirender Truppen. Bauer Abh. I. 166. Hufnagel I. 15. Sächſ. Gb. Art. 5. Breidenbach I. 1. S. 276. Hye S. 529. Anders freilich in England und Nordamerika, und theilweiſe in Frankreich, Belgien, Holland.

6) ſ. z. B. die Wirt. Mot. §. 4.

7) Dahin gehören das preuß. ALR. und das bair. StrfGb., wogegen das hannövriſche wegen des n. 1) Bemerkten wenigſtens der Vorwurf der Inkonſequenz nicht trifft. Ueber die prakt. Mißſtände ſ. z. B. Leonhardt I. 60. n. 15.

abgesehen, die dadurch hervorgerufen werden [1]). 3) Der Satz, daß auch Ausländer, die im Auslande delinquirten, in gewissen Fällen den inländischen Strafgesetzen unterworfen sein sollen [2]). Ueber die Fälle selbst herrscht jedoch keine Uebereinstimmung, woraus an sich schon die Prinziplosigkeit der fraglichen Bestimmungen hervorgeht, die denn auch von aufrichtigen Gesetzgebern offen eingestanden wird [3]). Giebt man nämlich den idealistischen Standpunkt A) überhaupt einmal auf, so hat man für die Bestimmungen unter 3) nur noch den politischen Grund, daß der Staat, genöthigt durch den Egoismus andrer Staaten, auf seine eigene und seiner Angehörigen Sicherheit denken müsse. Es wäre nun entschieden ungerecht, wenn man den neueren Gesetzgebungen derlei praktische Erwägungen verdenken wollte. In der That sind sie mehrentheils berechtigt. Denn theils giebt es — wenigstens außerhalb Deutschlands — Gesetzgebungen, die den im Ausland frevelnden Inländer nur dann im Inland strafen, wenn er einen Landsmann verletzte, dagegen nicht, wenn er gegen einen Fremden delinquirte [4]); theils giebt es sogar in Deutschland selbst Gesetzgebungen, welche nur für Verbrechen gegen den eigenen Staat sorgen, nicht aber für solche gegen fremde, namentlich zum Bund gehörige Staaten [5]). Allein dieses Anerkenntniß ändert doch vor Allem nicht die Wahrheit, daß die ganze nothgedrungene Begründung des Strafrechts auf ein Schutzrecht des Staats (für sich oder die Seinigen) eine in sich falsche, einem barbarischen Standpunkte angehörige ist [6]), die denn auch keineswegs verfehlt, in der Anwendung zu mannigfachen Verlegenheiten und Widersprüchen zu führen [7]). Hievon jedoch abgesehen, gehen offenbar

---

1) s. z. B. Wirt. Gb. Art. 3. nr. 2. Sardin. Art. 6. (mit Unrecht von Mohl S. 18 getadelt).

2) Am meisten den unter A) gedachten Gesetzgebungen nähert sich das sächs. Gb. Art. 3. 4, das jedoch zugleich in Beziehung auf die 1. u. 2. genannten Fälle eine eigenthümliche Modifikation hat. — vgl. den neuen Entw. Art. 4., der auch noch jene Annäherung hat, doch in geringerem Maße. — Gewöhnlich werden, was den Selbstschutz betrifft, genannt Verbrechen gegen den inländischen Staat, seine (Behörden oder) Unterthanen. Bair. Prom. Ed. Art. 4. Braunschw. Vfll. §. 205. mit Annäherung an A). Wirt. Gb. Art. 4. Hannöv. Art. 3. Bad. §. 5. 6 (begreift auch Verbr. gegen zeitliche Unterthanen des Inlands). Dagegen nennt das hess. Gb. Art. 5 (vgl. Frankreich, Belgien) bloß Verbrechen gegen den inländischen Staat, die es spez. aufzählt. s. auch Oestr. Gb. §. 38. Thüring. Art. 2. 3. vgl. Hermann z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 19—22. Anders in England und NAmerika. Eigenthümlich ist das Sardin. Gb., das den Ausländer, der im Auslande einen Sardinier verletzt, zunächst dem locus del. comm. zur Bestrafung anbietet.

3) s. die Wirt. Mot. §. 4.

4) So namentlich das franz. Recht, das aber in diesem Punkt von Franzosen selbst für mangelhaft erklärt wird. s. krit. Ztschr. a. a. O. S. 74 ff. und Citate b. Mitterm. n. 3. z. Feuerb. §. 31. Der Code hat die Feuerb. Theorie. vgl. dag. das belg. Recht N. Arch. 1838. S. 14. Noch weiter geht das englische und nordamerikanische Recht, die ihre im Ausland delinquirenden Angehörigen gar nicht strafen.

5) Jetzt fällt Preußen weg, und bleiben nur Baiern und Hannover zum Theil übrig. vrgl. Hye S. 532. Note.

6) Daher man eben hier von vol. non fit injuria, benef. non obtruduntur. Nothwehr, Satisfaktion u. dgl. lange Litaneien hört. s. z. B. Breidenbach I. 1. S. 257. 258. Leonhardt I. 54. 55. Auf diesen Standpunkt stellt sich auch der Bundesbeschl. 18. Aug. 1836. Art. 2. (s. Mannkopf preuß. Strafr. S. 55).

7) s. z. B. die ganz grundsatzlose Darstellung im N. Arch. 1838. S. 16. 17.

die neueren Gesetzgebungen viel zu weit, wenigstens was das sog. Schutzrecht für die eigenen Angehörigen betrifft. Unfehlbar ist es ein Unrecht, wenn fremde Rechte (wie das französische) die eigenen Unterthanen nicht ausliefern lassen, dieselben aber gleichwohl nicht strafen, falls sie im Ausland einen Ausländer verletzen. Aber[1]) solchen Staaten gegenüber sind eben nur Retorsionsmaßregeln, völkerrechtliche Genugthuungsforderungen[2]) ꝛc. am Platz, wogegen auf das verletzte Interesse kein Strafrecht begründet werden darf. Solche völkerrechtlichen Maßnahmen ständen denn auch dem Deutschen Bunde sehr wohl an. Aber ein offenbares Skandal ist es, daß die Staaten des deutschen Bundes[3]) einander gegenüber ein solches Schutzrecht gesetzlich fixiren zu müssen glauben, — und noch mehr, es ist lächerlich, da ja alle neueren deutschen Gesetzgebungen nicht nur das Territorialprinzip, sondern zum Ueberflusse noch den Grundsatz unter 2) aufgenommen haben[4]). Anders verhält es sich allerdings mit den Verbrechen gegen den Staat, aber auch nicht so schlimm, daß der herrschende Salimathias der Gesetzgebung ganz entschuldigt werden könnte. Denn abgesehen von den außerdeutschen Rechten, hinsichtlich derer das eben Gesagte zu wiederholen ist, ist in Deutschland nur noch Baiern[5]) mit der ausdrücklichen Anerkennung im Rückstand, daß Verbrechen gegen andere Bundesstaaten den einheimischen Strafgesetzen unterliegen. Wirtemberg hat sogar sein Hochverrathsgesetz für allgemein (nicht einmal mit Beschränkung auf deutschen Boden) anwendbar erklärt[6]). Hessen hat die deutschen Bundesstaaten dem einheimischen gleichgestellt[7]). Die übrigen neuen Gesetzgebungen[8]) bedrohen Delikte gegen befreundete (also namentlich Bundes-) Staaten jedenfalls mit Strafen, wenn auch mit geringeren, als die gleichen Vergehen gegen den eignen Staat. — Offenbar liegen in alldem bedeutende Fortschritte, deren konsequenter Abschluß von selbst dazu führen muß, daß die Staaten des deutschen Bundes wenigstens einander gegenüber die Bestimmungen unter 3) ganz fallen lassen und sich mit denen unter 1 u. 2 begnügen,

---

1) Ganz abgesehen davon, daß das französ. Recht dem forum. del. comm. keinerlei Hinderniß in den Weg legt, falls es nur flink ist!

2) Hefftter §. 26. n. 3. Breidenbach S. 272. Leonhardt I. 68, — die jedoch Hufnagel I. 12 (der Jarcke I. S. 297 folgt) mit Unrecht tadeln, da sie hinsichtlich der Inländer es um nichts besser machen. vgl. Wirt. Gb. Art. 3. nr. 2 (vgl. Breidenbach S. 257. 258. Bair. VO. 28. Juni 1823. Bair. Entw. Art. 14.

3) Hessen-Darmstadt macht eine rühmliche Ausnahme, wird aber deshalb getadelt von Breidenbach I. 1. S. 272—274 (vgl. Bopp S. 3. n. *); s. jedoch eb. S. 241. 42.

4) Daß Staaten, die weder aus dem einen, noch dem andern Grund ein Strafrecht haben, mindestens zur Auslieferung gemeiner Verbrecher sich verpflichten müßten, sollte nicht bezweifelt werden. Wirth Eth. II. 357. vgl. indessen Hefftter VR. §. 63. II. Der v. a. Bundesbeschl. hat umgekehrt mit der Verpflichtung zur Ausliefs. polit. Verbrecher angefangen.

5) s. jedoch Entw. Art. 109.

6) Mot. z. Art. 130 (d. Entw.) vgl. Ges. 26. Okt. 1806. Hufnagel I. 7. 8. 11.

7) Art. 4. S. 1. vgl. Braunschw. Mot. §. 2. 86. 126.

8) Sächs. GB. Art. 89—92. 268. Hannövr. Art. 128, 4. 129, 3. Braunschw. §. 86. 126. u. bes. die Motive dazu. Bad. §. 596. Preuß. §. 78—81. Thüring. Art. 4. 77. 78. 96—98. u. bes. Einführ.Ges. Art. 11. Oestr. §. 66.

die nur richtiger gefaßt werden müssen, als es gewöhnlich [1]) geschieht. Durch eine solche richtigere Fassung (s. den §.) erledigen sich zugleich die übrigen Zweifel und Mißverständnisse, von denen ob. die Rede war. Was namentlich a) die Frage betrifft, welche Strafgesetze auf einen [2]), der im Auslande delinquirt hat, angewendet werden sollen, so weichen hier die neueren Gesetzgebungen noch sehr von einander ab. Während in früherer Zeit für mehrere Länder die im §en ausgef. Ansicht als unbezweifelte Praxis bezeugt ist (s. o.), sind mehrere der neuen Gesetzgebungen der Meinung gefolgt, daß im Inland stets nur das Gesetz des Inlands zur Anwendung kommen dürfe, mithin auch dann, wenn die Handlung am Orte ihrer Begehung gar nicht oder geringer strafbar wäre [3]). Diese abstrakte Ansicht, deren Rechtfertigung nur auf dem einseitig festgehaltenen Souveränitätsprinzip und auf Zweckmäßigkeitsrücksichten beruht, ist jedoch wegen ihres unläugbaren Widerspruchs gegen das allerseits als richtig anerkannte Territorialprinzip ebenso verwerflich, als die ebenso abstrakt entgegengesetzte, daß nur die Gesetze des Orts der begangenen That angewandt werden dürfen [4]) (womit dem inländischen Staate eine völlige Verläugnung seines konkreten Rechtsbewußtseins zugemuthet würde). Mit Recht sind daher mehrere neueren Gesetzgebungen [5]) wenigstens relativ (so weit nämlich das Delikt des Inländers im Ausland gegen einen ausländischen Staat, seine Behörden oder Unterthanen gerichtet ist) zu jener früheren Ansicht zurückgekehrt, nur freilich in ungleichförmiger, oft inkonsequenter und schiefer Weise. Abgesehen nämlich von der Unvollständigkeit der Anerkennung des richtigen Prinzips in allen betreffenden Gesetzgebungen, ist sogar dieses Prinzip selbst nur in Oestreich, Hannover und Baden [6]) richtig ausgesprochen, während in Wirtemberg und Hessen [7]) nicht auf das Gesetz des

1) wie namentlich von Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. Annäherungen an die hier vorgetragene Ansicht s. bei Berner S. 149 f.

2) Hier ist nun nach dem Vorstehenden natürlich nur noch von einem Inländer die Rede.

3) Oestr. GB. §. 30 (während §. 34 der richtige Grundsatz bei Ausländern angewandt ist). Wirtemb. Ges. 26. Okt. 1806. Hannövr. VO. 26. Febr. 1822. §. 2. 3. (wenn das Delikt gegen den inländ. Staat od. einen Inländer gerichtet war. Bair. Publ. Pat. Art. 3. Sächs. GB. Art. 2. Hannövr. Art. 2. (theilweise eben wie in der angef. VO.) Braunschw. §. 2. Wirt. Art. 3 (wie das hannövr.), ebenso das hessische Art. 4. und das badische §. 4. Thüring. Art. 2.

4) Hefftter §. 150. n. 1.

5) Wirt. Gb. Art. 3. Hannöv. GB. Art. 2. Hess. GB. Art. 4 nr. 1. Bad. GB. §. 4. Uebrigens enthält noch das hess. GB. Art. 3 eine ganz singuläre, mit Unrecht von Breidenbach S. 224—226 empfohlene und von Hufnagel III. 37 adoptirte Bestimmung über das for. del. commissi. Jetzt ist der Art. 4. nr. 1. durch das hess. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 1. aufgehoben, was Berner S. 116 und Mohl S. 19 übersehen. (Bopp 79—281). — Mit Unrecht wird das Wirt. GB. Art. 3 getadelt von Mohl S. 18.

6) Oestr. GB. (1852) §. 39. 40. Hye S. 533. 539. Bad. §. 4. vgl. §. 6. Hannövr. Art. 2. S. 2. (Freilich harmonirt dieß nicht mit den Motiven, wovon die Stände ausgiengen. Aber um so besser, wenn sie trotzdem zum Richtigen gekommen sind). Die Schwierigkeiten, welche Leonhardt I. 54, 55. auf der Grundlage des hiernach aufgegebenen falschen Prinzips erhebt, sind praktisch in der That nicht vorhanden.

7) Wirt. GB. Art. 3. nr. 1. Hufnagel I. 9 ob. Hess. GB. Art. 4. nr. 1. (aufgehoben). Breidenbach I. 1. S. 257. 258.

locus delicti commissi, sondern auf das Gesetz des unmittelbar oder in seinen Behörden oder Unterthanen verletzten Staats gesehen, mithin nur die verwerfliche Maxime vol. non fit injuria anerkannt und unlösbaren Schwierigkeiten Thür und Thor geöffnet wird [1]). Denn, die Richtigkeit dieser Begründung vorausgesetzt, hätte doch konsequenter Weise dasselbe auch für Verbrechen angeordnet werden müssen, die ein bleibender oder zeitlicher Unterthan vom Inlande aus gegen einen fremden Staat oder seine Unterthanen verübt [2]). Allein diese Konsequenz wird im hess. GB. ausdrücklich geläugnet [3]), während das wirtemb. verschiedenen Zweifeln Raum giebt. Nach seinem Wortlaut und den Verh. wären zunächst nur im Auslande begangene Handlungen gemeint [4]); dagegen spricht jedoch die ausdrücklich angef. ratio legis, und noch mehr die im Art. 5 ganz allgemein (ohne Unterscheidung des Orts) festgesetzte mildere Bestrafung der von einem verletzten fremden Staate mit geringerer Strafe bedrohten Verbrechen; und zwar um so gewisser, als in diesem Art. 5 den bleibenden Unterthanen die zeitlichen gleichgestellt sind, letztere aber ganz absurd behandelt wären, wenn nicht Art. 3. nr. 1 allgemein genommen und auch auf sie bezogen werden müßte. — Wenn jedoch (s. o.) das hannövr. GB. allerdings das richtige Prinzip aufstellt, so begeht es seinerseits wieder die Inkonsequenz [5]), das Prinzip, das im Fall der Strafloſigkeit am Ort der Begehung der That ausgesprochen ist, nicht auch im Falle der geringeren Strafbarkeit zur Anwendung zu bringen. — Selbst das bad. GB. aber, welches wenigstens an allen diesen Fehlern nicht leidet, hat doch mit den übrigen noch den Grundmangel gemein, daß es das von ihm richtig herausgehobene Territorialprinzip ganz willkührlich beschränkt [6]). b) Hinsichtlich der Frage, ob ein nach auswärtigem Rechte eingetretener Grund der Tilgung der Strafbarkeit bei auswärts begangenen Delikten im Inland zu respektiren sei, beobachten mehrere neuere Gesetzgebungen [7]) wenigstens ein Stillschweigen, das um so unverzeihlicher ist, je mehr sie durch die beliebte Häufung verschiedener Strafberechtigungen provozirt wird. Allein auch diejenigen, welche sie ausdrücklich entscheiden, lassen mehr oder weniger zu wünschen übrig. Am meisten das

1) Jedenfalls ist damit das Strafrecht des Staats, in welchem das Delikt begangen ist, falls es nicht ihn trifft, trotz des sonst anerkannten Territorialprinzips in die Luft gestellt, daher die Unsicherheit bei Breidenbach S. 270—272.

2) Breidenbach S. 258 n. 3.

3) Art. 4. nr. 1. j. Art. 5 a. E. (s. jed. Ges. 23. Febr. 1849 Art. 1).

4) Komm.ber. S. 10. Vhdl. d. Abg.Sitz. 5. S. 26 unt. Minist.Vortrag in XII. S. 99. 100. In den Kommentaren ist der Punkt übergangen.

5) Leonhardt I. 54. vgl. dag. Wirt. GB. Art. 5., wo aber wieder die Unterthanen des fremden Staats fehlen (?!) Bad. GB. §. 4. S. 2.

6) §. 4—6. Dasselbe geschieht noch in höherem Grade im östr. GB. (1852) §. 36 (anders freilich bei Ausländern, die im Auslande delinquirt haben (§. 39. 40. 234. vgl. sächs. Entw. Art. 5).

7) z. B. das Oestreichische (1803), Bairische, Sächsische, Braunschweigische GB. Zwar enthalten diese Gbücher alle den allg. Satz: non bis in idem. Oestr. §. 204. Bair. 137. Sächs. Art. 73. Braunschw. §. 68, und die Kommentatoren zweifeln meist nicht an seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall. Jenull I. 326. 327. Weiß S. 301. Brehm. S. 227 ꝛc. Allein die nach dem Souveränetätsprinzip relativ nicht unberechtigte gegentheilige Ansicht von Hefftter u. A. (s. o.) zeigt, daß ausdrückliche Bestimmungen hier sehr am Platze gewesen wären. Den schlagendsten Beleg dazu giebt das hannövr. Recht. s. Leonhardt I. 55—58.

hannövr. GB., das hier ein wahres Muſter von Inkonſequenz darbietet [1]). Auch das bad. GB. nimmt nur Freiſprechung und Beſtrafung auf (§ 8), ohne jedoch zwiſchen den Objekten der fraglichen Verbrechen zu unterſcheiden. Eigenthümlich iſt das heſſiſche [2]). Das wirtemb. läßt zwar allen Tilgungsgründen der Strafbarkeit die gleiche Würdigung zu Theil werden, unterſcheidet auch nicht, gegen wen das Verbrechen gerichtet iſt, beſchränkt jedoch — wenigſtens dem Wortlaute nach — den Satz auf Verbrechen, die ein Inländer im Auslande begangen hat [3]). Das öſtr. (1852) §. 36. will, daß die im Ausland erlittene Strafe „eingerechnet" werde [4]). C) Ein abermaliger Fortſchritt ſtellt ſich, namentlich im Vergleich gegen die früheren Entwürfe, in dem preuß. StrafGB. dar [5]). Daſſelbe ſtellt das Territorialprinzip nicht nur als die Grundregel an die Spitze, ſondern erklärt zugleich ausdrücklich die Alleingiltigkeit deſſelben (§. 4, S. 1), obwohl es Ausnahmen ſtattfinden läßt, die ſich theils auf den Grundſatz der Nichtauslieferung der Unterthanen (§. 4. nr. 3), theils freilich auch noch auf das durch den Egoismus andrer Staaten geſchaffene Selbſtſchutzrecht des Staats [6]) gründen. Das Strafrecht in den Ausnahmsfällen iſt aber nur fakultativ [7]) geſtellt und — abgeſehen von den politiſchen (§. 4. nr. 1. 2) — ſowohl die Ausgleichung des Grundſatzes der Nichtauslieferung der Unterthanen mit dem Territorialprinzip, als die Durchführung des Satzes: non bis in idem im Weſentlichen richtig vollzogen (zu vermiſſen iſt nur die in der Konſequenz gelegene Berückſichtigung der im Auslande gedrohten milderen Strafe). — Nahezu daſſelbe gilt auch von dem neuſten bairiſchen Entwurf. Auch hier iſt das Territorialprinzip als leitende Grundregel aufgeſtellt und die Ausnahme hinſichtlich der Inländer

---

1) Art. 2. 3. 86. vgl. VO. 26. Febr. 1822, wornach allerdings die von Leonhardt a. a. O. und S. 70. 71 gegebene Auslegung als richtig erſcheint.

2) ſofern es zwar den Satz: non bis ꝛc. bei Freiſprechung und Beſtrafung ſelbſt für Verbrechen gelten läßt, die bleibende oder zeitl. Unterthanen vom Inlande aus begehen, jedoch nur, wenn unmittelbar od. mittelbar ein fremder Staat das Objekt iſt. Ueber die nachläßige Faſſung ſ. Breidenb. S. 270—72. 275—76. Die Begnadigung ſoll nur wirken, wenn ſie vom beleidigten (!) Staat ausgieng. Die Verjährung wird übergangen. Art. 4. nr. 2—4. Art. 5 Schlußſatz.

3) GB. Art. 3. nr. 3. ſ. jedoch wegen der „ſich von ſelbſt verſtehenden" Anwendung auf Ausländer die Motive §. 4.

4) ſ. darüber Hye S. 515 f., bei Vergehen und Uebertretungen iſt das Richtige beſtimmt. §. 235. vgl. preuß. GB. §. 4. ſächſ. Entw. Art. 8, der eine genauere Formulirung enthält, Bair. Entw. Art. 13.

5) §. 3. 4. vgl. Schwarze im N. Arch. 1833. Beil.H. S. 31—33. Zachariä eb. 1848. S. 5—8. Beſeler S. 70—78. Temme Gloſſen S. 50 f. Goldtammer I. 57—72.

6) §. 4. nr. 1. 2. vgl. die Motive b. Beſeler S. 74. Sonderbar iſt nur freilich, daß die preuß. Geſetzgebung hier nicht durch großherziges Vorangehen (vgl. Goldtammer I. 60. n. 3.) den Knoten zerhauen, ſondern lieber denſelben Weg der Halbheit beſchritten hat (§. 78—81), wie Sachſen, Hannover, Braunſchweig, Baden. So müſſen denn hinſichtlich des Grundſatzes non bis ꝛc. in derlei Fällen die Motive auf Staatsanwaltſchaft und Gnade verweiſen. Beſeler S. 78. ſ. noch Goldtammer I. 67—71.

7) hiemit iſt indeſſen hinſichtlich der nr. 3 des Guten zu viel gethan. Liefert das Inland ſeinen Bürger nicht aus, ſo muß es ſtrafen. A. M. Berner. Andrerſeits iſt die Beſtimmung des §. 24, die freilich auch nur fakultativ geſtellt iſt, inkonſequent und ungerecht. Beſeler 131. 132.

richtig auf das praktiſche Gebiet der Nichtauslieferung zurückgeführt [1]). Gleichwohl iſt der theoretiſche Pfahl des Prinzips der abſoluten Unterwerfung der Inländer unter das inländiſche Geſetz noch im Fleiſche ſtecken geblieben [2]). Zugleich iſt auch der Grundſatz des Selbſtſchutzrechts des Staats viel weiter, als im preuß. GB., ausgedehnt (auf Verbrechen gegen bair. Unterthanen). Dagegen iſt der Grundſatz: non bis etc. — mit Ausnahme der Staatsverbrechen — anerkannt und dabei nur der Begnadigung im Auslande die gerechte Würdigung vorenthalten [3]).

b) Einfluß der Zeit.

§. 24.

Aus dem gleichen Grunde iſt das poſitive Recht in Beziehung auf Verbrechen (das Strafgeſetz im w. S.) dem Prozeſſe des Entſtehens und Vergehens unterworfen. 1) Das Geſetz fängt an praktiſch giltig zu ſein, wenn das ihm zu Grunde liegende allgemeine Wiſſen und Wollen in der ihm angemeſſenen Form der Allgemeinheit, — als erkennbare Gewohnheit oder als verkündetes Geſetz — in das Daſein getreten iſt. 2) Es hört auf giltig zu ſein, wenn ein verändertes allgemeines Wiſſen und Wollen in einer dieſer Formen offenbar wird. Eben aus dieſer Abhängigkeit des poſitiven Rechts von der Kategorie der Zeit entſteht aber 3) eine Antinomie hinſichtlich der Frage über Rückwirkung neuer Strafgeſetze. Einerſeits verlangt das Recht über Verbrechen, als ein abſolutes, gegen die Intereſſen der Perſon indifferentes, vom Augenblicke ſeines Exiſtentwerdens an abſolute Geltung. Andrerſeits iſt es ungerecht, ein neues Strafgeſetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung dieſe Handlung als erlaubt oder doch als geringeres Vergehen galt. Zwar ſcheint nun aus demſelben Grunde auch die Nichtrückwirkung eines milderen Strafgeſetzes zu folgen. Allein, ſo gewiß der Verbrecher ſelbſt ſich nicht beklagen könnte, wenn das übertretene Geſetz noch jetzt auf ihn angewandt würde, ſo gewiß würde der Staat ein Unrecht gegen ſich ſelbſt begehen, wenn er ein Recht noch wiederherſtellen wollte, das er ganz oder relativ nicht mehr als ſolches erkennt (vgl. §. 23). Die Antinomie löst ſich mithin in dem Grundſatze, daß ein milderes Strafgeſetz abſolute Giltigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat. N. Rev. S. 750—754.

---

1) viel zu engherzig iſt aber Art. 10. S. 2.

2) die Folge iſt eine durchaus mangelhafte Durchführung der Ausgleichung mit dem Territ.prinzip in Bez. auf auswärts ſtraſloſe od. geringer ſtrafbare Handlungen. Art. 10. S. 2. vgl. Art. 12.

3) Art. 13. — Der ſächſ. Entwurf Art. 2—8 folgt im Weſentlichen dem öſtr. GB. (der Art. 8 weicht indeſſen und zwar in treffender Weiſe ab; auch der Art. 4 macht die Ausländer nur in beſchränkterer Weiſe verantwortlich und in vielen Fällen bedarf es zur Unterſuchung einer beſonderen Anordnung des Juſtizminiſteriums).

1) Der innere Giltigkeitsgrund des Gewohnheitsrechts [1]), wie des Gesetzes ist in der allgemeinen Rechtsüberzeugung zu suchen. Allein wie jeder Inhalt auch eine ihm angemessene Form braucht, um sich als Dasein behaupten zu können, so muß auch die allgemeine Rechtsüberzeugung, um in der einen oder andern Weise als Rechtsnorm zur Existenz zu gelangen, eine solche äußere Form annehmen [2]). Diese Form bildet aber beim Gewohnheitsrechte eben die Gewohnheit, beim Gesetze dagegen die in dem jeweiligen Rechte begründete Summe von Erfordernissen für die Entstehung eines Gesetzes im e. S. — In beiden Formen hat mithin die Rechtsnorm als solche eine bestimmte Entstehungs*zeit*, die nicht mit der Entstehung der zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung selbst zusammenfällt [3]), und nur beim Gew.recht sich minder scharf fixiren läßt, als im andern Fall. Bei jenem entsteht die Rechtsnorm als solche dann, wenn der betr. Rechtssatz eine so lange, konstant und gleichförmig wiederholte Uebung für sich hat, daß er als ein opinione necessitatis geübter erscheint [4]). Eben durch diese Erprobung erlangt es seine zwingende Kraft, daher jene nicht bloßes Erkenntnißmittel ist. Zu dieser positiven Bedingung kommt dann noch die negative, daß der fragliche Rechtssatz nicht den guten Sitten, der Vernunft oder den Grundbegriffen des Rechts widersprechen darf [5]). Im Strafrechte sind nun (abgesehen von den Zeiten ältester Rechtsbildung) nur die richterlichen Urtheile das Medium, in welchem ein Gewohnheitsrecht hervortreten kann. Es ist jedoch ein bloß doktrineller Gerichtsgebrauch, der einer besseren Ueberzeugung weichen muß, wohl zu unterscheiden von einem solchen, der sich als Träger eines wahren Gewohnheitsrechts ausweist und eben deshalb gesetzliches Ansehen anzusprechen hat [6]). — Beim Gesetze kommt hiebei Alles auf die Bestimmungen der jeweiligen Verfassung

---

1) *Puchta* Gewohnh.-Recht. 2 Thle. 1828. 1837. *Derſ.* Pandekten §. 11—13. Curſ. d. Inſtit. I. §. 13. v. *Savigny* System I. §. 12. 18. 25. 27—30. *Göſchen* Vorleſungen I. 80 f. *Mohl* Wirt. Staatsr. 2. A. I. 75 u. 78 c. *Luden* Hdb. I. S. 133—140. vgl. jedoch *Mühlenbruch* Pand.R. §. 37—39. *Kierulff* Civil.R. I. S. 9. *Wächter* Wirt. Priv.R. II. §. 9. 10. (Veraltete Anſichten bei *Grolman* §. 128. *Schröter* S. 61 ꝛc.).

2) l. 32 §. 1. l. 35. 36. 40 D. de legib. (1. 3).

3) Unklar hierüber iſt *Luden* I. S. 134. n. 3.

4) l. 33. 35. 37. 38 D. de legib. (1. 3). l. 3 §. 6 D. de testib. (22. 5). l. 1. 3. C. quae sit longa consu. (8. 53). Dagegen braucht es keiner Genehmigung des Geſetzgebers u. dgl. *Puchta* Gew.R. II. 11 ff. Pand. §. 12. not. 1. *Wächter* W. Priv.R. II. S. 34. 35.

5) l. 39 D. de legib. (1. 3). l. 2 C. quae sit l. consu. (8. 53). P.G.O. Art. 104. 135. 215. 218. *Nov.* 14 hinter d. *Wirt.* LO. (G.R. 1621 §. 1).

6) vgl. *Puchta* Gew.R. I. 161 f. II. 14 f. Pand. §. 16. v. *Savigny* Syſt. I. §. 14. 19. 20. *Gerber* D. Priv.R. §. 30. — Gegen ältere Anſichten von *Thibaut*, *Grolman*, *Mühlenbruch*, *Göſchen* ꝛc. ſ. *Jordan* im Civil.-Arch. VIII. 239 f. *Wächter* a. a. O. §. 10. beſ. n. 6. *Luden* I. 136 n. 6 und beſ. *Wächter* Gem. R. S. 111 ff. vgl. auch *Beſeler* Volksr. und Juriſtenr. S. 58 f. Auf ſolchem wahrem Gew.Recht beruhte zuletzt großentheils das Deutſche Straf-R. Gegen die Anſicht, welche die Wiſſenſchaft als ſelbſtändige Quelle des Rechts im prakt. Sinne geltend machen will (*Abegg* Lb. §. 16. *Heffter* §. 14 n. 9. 10), ſ. *Wächter* Gem. R. S. 114. 115. *Luden* I. 142. n. 4. So wird es nur mittelbar, wo das Geſetz ausdr. auf Doktrin u. Praxis verweiſt. ſ. *Krug* Geſetzauslegung. S. 14. In *Hannover* iſt durch Geſ. v. 7. Sept. 1838 den Präjud. des oberſten Gerichts Geſetzeskraft beigelegt.

an. Daß das Strafgeſetz verkündet ſein müſſe, um praktiſche Geltung zu haben, iſt ſchon aus den Quellen des gemeinen Rechts, namentlich aus den Beſtimmungen über Rechtsunwiſſenheit zu entnehmen [1]). Gleichwohl kamen in Partikularrechten auch ſtillſchweigende, d. h. lediglich an die Gerichte ausgeſchriebene [2]) Strafgeſetze vor (ſo z. B. in Sachſen und Wirtemberg) [3]). Allein geſetzt auch, die gemeinrechtlichen Quellen hätten hiefür eine Rechtfertigung enthalten [4]), ſo iſt doch entſchieden neuerdings die allgemeine Meinung für die Publikation der Strafgeſetze [5]). Den ſchlagendſten Beleg dafür liefern die längſt vor dem Eintritt des konſtitutionellen Syſtems erlaſſenen, durch den Druck verbreiteten Geſetzbücher von Baiern, Preußen [6]) und Oeſtreich. Allein eine haltbare Gewähr gegen Mißbräuche der gedachten Art [7]) geben nur die Verfaſſungen der Neuzeit, ſofern ſie theils die Publikation ausdrücklich zur Bedingung der Anwendbarkeit des Geſetzes, theils den namentlich für das Gebiet des Strafrechts höchſt wichtigen Unterſchied zwiſchen eigentlichen Geſetzen und bloßen Verordnungen [8]) machen. Nach dieſen Beſtimmungen erſcheint auch das Geſetz wieder unmittelbar auf den allgemeinen Willen als die alleinige Quelle alles Rechts [9]) zurückgeführt; es hat ſich, wie das Gewohnheitsrecht, in einer beſtimmten Form zu verkörpern [10]) und in dieſer erlangt es den ſelbſtverſtändlichen Anfangspunkt ſeiner Giltigkeit mit ſeiner allgemeinen Verkündung [11]), es wäre denn, daß das Geſetz ſelbſt für den Eintritt ſeiner Wirkſamkeit einen ſpäteren Zeitpunkt feſtſetzte [12]).

---

1) l. 9 C. de legib. (1. 14). l. 12 C. de j. et f. ignor. (1. 18). P.G.O. Art. 104. — Die l. 14 §. 14 D. de relig. (11. 7). l. 3 §. 4 D. de sep. viol. (47. 12). l. 131 §. 1 D. de V. S. (50. 16), auf die man ſich auch beruft, gehören nicht hierher. Feuerbach §. 20. Martin §. 13. 21 u. A. miſchten hier ihre Straftheorieen ein. ſ. dag. Grolman §. 11—13. Schröter I. S. 56—58. Abegg §. 57. 58. Heffter §. 20. N. Rev. S. 659. Berner Wirkungskreis d. Strafgeſ. S. 20 ff.

2) Etwas Andres verſteht darunter Kleinſchrod ſyſt. Entw. I. §. 12. 13.

3) Wächter Abh. I. S. 6. 7. Derſ. Lb. I. S. 18 unt.

4) vgl. Heffter §. 18. 21.

5) Abgeſehen von der Einmiſchung philoſophiſcher Theorieen, hat man überhaupt hier mehrfach ganz verſchiedene Fragen durcheinander geworfen, z. B. die Frage, ob es neben dem Geſetz überhaupt noch andere Quellen des Strafrechts gebe (Rein Krim.R. d. Röm. S. 221), ob es an einem verbietenden Geſetze überhaupt genüge, ob eine beſtimmte Strafdrohung nöthig ſei (Kleinſchrod a. a. O., vgl. II. §. 118 u. Heffter §. 19), ob Analogie im Strafrecht zuläßig ſei (Roßhirt Entw. S. 25 ff. Mitterm. z. F. §. 5). Geib im N. Arch. 1836. S. 204 ff.

6) vgl. A.L.R. Einl. §. 10.

7) Vertheidigt freilich noch von Schröter I. S. 56—58. ſ. aber ſelbſt Roßhirt Entw. S. 362. 363. vgl. Krug Geſetzesauslegung. S. 11.

8) Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 2. n. 5. 10. §. 5. (beſ. S. 19. 29. 30). Mohl Wirt. Staatsr. I. §. 38. beſ. not. 3.

9) l. 32 §. 1 D. de legib. (1. 3). Luden Hdb. I. S. 137 n. 7.

10) ſ. das Nähere im Staats-Recht. Für Wirt. ſ. Wächter a. a. O. S. 22.

11) Klüber Bund.R. §. 362. Heffter §. 21 n. 1. Wächter a. a. O. II. §. 6. u. über das Prüfungsrecht des Richters eb. §. 7 u. Puchta Pand. §. 15. not. o. Dag. iſt wieder Krug a. a. O. S. 68 f.

12) wie meiſtens die neueren Strafgeſetzbücher. Was Wächter S. 25 n. 5. ſagt, iſt unklar und verwirrend; ſ. jedoch S. 185. 186. Die noch von Oerſted aufgewärmte Meinung von Quiſtorp (ſ. N. Rev. S. 753) iſt allg. aufgegeben. ſ. die neuen Einführungsgeſetze z. B. heſſiſches Art. 3. hannövriſches Pat. §. 6 ff.

2) Eine Rechtsnorm kann geändert oder aufgehoben werden nur durch ein Organ, welches fähig ist eine solche einzuführen [1]), mithin nur durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Der einfachste Fall ist der, wenn ein Gesetz seinen Erlöschungsgrund in sich selbst trägt [2]), oder wenn sein Gegenstand wegfällt [3]), oder wenn der Rechtsgrundsatz, wovon das Gesetz eine bloße Konsequenz ist, aufgehoben wird [4]). Das neue Gesetz kann die ältere Rechtsnorm ausdrücklich oder stillschweigend, ganz oder theilweise abschaffen (resp. ändern). Hierüber gelten dann dieselben Grundsätze, wie in andern Rechtstheilen [5]), namentlich auch hinsichtlich der Frage, inwieweit mit der Aufhebung einer Rechtsregel auch die von derselben bestandenen Ausnahmen als aufgehoben anzusehen seien [6]). Sehr bestritten ist nun aber von jeher die Frage, ob ein Strafgesetz durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne? Was hier das gemeine deutsche Strafrecht betrifft, so ist es eine (durch die Geschichte hinreichend belegte) Thatsache, daß die gesetzgebende Gewalt Jahrhunderte lang ihre Schuldigkeit nicht gethan und infolge davon [7]) an die Stelle des geschriebenen Rechts ein im höchsten Maße derogatorischer, großentheils auf wahrem Gewohnheitsrecht fußender [8]), freilich aber auch zum Theil willkührlicher und in den trostlosesten Partikularismus zerfallender [9]) Gerichtsgebrauch sich gesetzt hat. Dieser Thatsache gegenüber befand sich die Theorie des 19. Jh. in einer schlimmen Lage. Am bequemsten war es, dieselbe ganz zu ignoriren [10]), nur eben nicht praktisch. Feuerbach, der zuerst mit der Energie eines Mannes der Idee der gänzlichen Anarchie der ver-

---

1) Puchta Pand. §. 17. Wächter a. a. O. §. 27. 28.

2) z. B. nur auf eine bestimmte Zeit od. als transitorisch gegeben ist (wie Einführungsgesetze, Kompetenzgesetze ꝛc.).

3) Wie das „deutsche Reich" im Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 22. Reichliche Anwendung litt dies im gem. Recht in Bez. auf eine Menge Bestimmungen des röm., kan. und Reichsrechts.

4) Nicht mit der vagen Maxime: cessante ratione legis cessat lex zu verwechseln.

5) Da über diesen Punkt meist sehr flüchtig weggegangen wird (s. z. B. Marezoll S. 72), so ist es am Platz, wenigstens darauf aufmerksam zu machen, daß er bei dem Reichthum gesetzgeberischer Thätigkeit gerade im Strafr. von besonderer Wichtigkeit ist, vorab bei der fragmentarischen Gestalt der neuen Polizeistraf-Gesetzgebungen (Mohl im N. Arch. 1840. Beil.H. S. 28—32), aber auch bei den Strafgesetzbüchern selbst, die keineswegs das Verhältniß zum frühern Recht immer mit erforderlicher Umsicht und Genauigkeit bestimmen (s. z. B. Hufnagel II. S. 868—879. Goldtammer I. 5—10), am meisten endlich bei den Novellen, wie sie die Jahre 1848 und 1849 hie und da gebracht haben.

6) s. Thibaut Civ.Abh. nr. VII. und Wächter a. a. O. §. 28. Als Beisp. z. 2. a.) kann in Wirt. das neue Ehrenstrafsystem gegenüber der älteren Infamie dienen, zu 2 b.) die jetzt als Regel auftretende Strafloſigkeit der nahen Verwandten in den Fällen des Straf-Gb. Art. 93. 94, zu 2 c.) die Bestimmungen des GB. über den Rückfall, zu 2 d.) der Art. 422, 2. des GB. j. Art. 29, 3. der Nov. vom 13. August 1849.

7) vgl. Wächter Gem.R. S. 110—143. Luden Hdb. I. 88—92. Jarcke I. 61.

8) Wächter Gem.R. S. 135—137. Zum Theil A. M. Luden I. 106. 107. s. jedoch auch S. 134—140 und Wächter n. 176.

9) Wächter a. a. O. S. 120—135. 138—143. vgl. Biener im N. Arch. X. 492—495.

10) wie Martin; s. dag. Wächter a. a. O. S. 137.

wilderten Praxis entgegentrat, gieng dann ſeinerſeits viel zu weit, wenn er alle Aenderungen des Gerichtsgebrauchs in Bauſch und Bogen nicht als Recht, ſondern bloß als Thatſache (wie Staatsrevolutionen) anerkennen wollte [1]). Das andere Extrem bildete die Anſicht, wornach die Anwendbarkeit der Strafgeſetze ſich überhaupt nur nach den jeweiligen Sitten und Verhältniſſen beſtimmen ſoll [2]). Ebenſowenig taugte aber eine vermittelnde, weſentlich auf gleichem Grunde mit der Feuerbachiſchen (darauf nämlich, daß der Wille des Geſetzgebers die einzige oder wenigſtens unentbehrliche Quelle des Rechts ſei) ruhende Meinung, welche die Rechtfertigung der derogatoriſchen Praxis der letzten Jahrhunderte in der ſtillſchweigenden Billigung des Geſetzgebers ſuchte [3]) und um ſo mehr deshalb ſuchen zu dürfen glaubte, weil im 18. Jh. der fürſtliche Abſolutismus in Flor gekommen und der Gebrauch eingeriſſen war, den Fürſten (d. h. den Geſetzgebern) alle wichtigeren Strafurtheile zur Beſtätigung vorzulegen. Dieſe troſtloſe Kontroverſe iſt durch die neuen Strafgeſetzgebungen abgeſchnitten. Allein auch jetzt erhebt ſich noch relativ die Frage, ob ein Strafgeſetz durch Gewohnheitsrecht rechtlich abgeändert werden könne? Darauf iſt nun einfach zu antworten [4]), daß in einem wohlorganiſirten Staate die Frage nach der Berechtigung einer ſolchen derogatoriſchen Gewohnheit gar nicht entſtehen kann, weil es hier in der Vorausſetzung liegt, daß alle diejenigen Elemente, welche allein der Gewohnheit ihre rechtliche Kraft verleihen, ſchon auf dem Wege der Geſetzgebung ſelbſt ihre richtige Auffaſſung und rechtzeitige Erledigung finden, daß aber eben deshalb jene Berechtigung alsbald wieder eintritt [5]), wenn die geſetzgebende Gewalt ihre Schuldigkeit nicht thut, wofür nur freilich, wie überall beim Gewohnheitsrecht, kein abſolut-beſtimmter Zeitpunkt ſich fixiren läßt.

---

1) Lb. §. 5. Anm. f. dag. Wächter a. a. O. S. 137, der jedoch Wirt. Priv.R. II. S. 37. 38. auf denſelben Standpunkt rekurrirt; ſ. auch Denſ. Gem. R. S. 122 ob. — Gegen v. Preuſchen Gerechtigkeitstheorie II. 111. ſ. Puchta Gew.R. II. 111 ff. 240 ff. Luden I. 136 n. 6. Morſtadt n.* zu Feuerb. a. a. O.

2) Schröter Hdb. 1. §. 31. Jordan Auslegung d. Strafgeſ. S. 107—109. Tittmann Hdb. I. §. 12 u. im Grunde auch Jarcke I. 62. 63. Reyſcher Wirt. Priv.R. §. 68 n. 4. vgl. Bauer §. 103 c. Geib im N. Arch. 1836. S. 197. 207—211.

3) Grolman §. 128 not. c. Henke I. §. 89 n. 7. vgl. Abegg S. 88 ob. Heffter §. 15. 24. ſ. aber Puchta Gew.R. II. 254. Luden I. 136. n. 6.

4) ſ. N. Rev. S. 661—663. Puchta Gew.R. II. 246 ff. Luden I. 138—140. A. M. Mittermaier n. zu Feuerb. §. 5. ſ. dag. Luden a. a. O. n. 8, wo nur von der P.G.O. mit Unrecht geſagt iſt, daß ſie alle ihre Vorſchriften als durch Gew R. unabänderlich aufgeſtellt habe. ſ. Wächter Gem. R. S. 24. 26. n. 16. S. 30 ob. 116. 119. Ebenſowenig iſt die Kraft der desuetudo nach röm. Recht zu bezweifeln. l. 32 D. de legib. (1. 3). §. 11 J. de j. nat. (1. 2). Nov. 89. c. 15. vgl. l. 7. D. de leg. Fab. (48. 15). l. 45 D. de injur. (47. 10). l. 3. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 7. §. 3 D. de l. Jul. repet. (48. 11). l. 6 pr. D. ad l. Jul. pecul. (48. 13) Gaj. III. 224. Puchta Gew.R. II. 203 ff.

5) Wächter iſt für das Wirt. Priv.R. (unter Berufung auf eine das Strafrecht betr. Stelle) A. M. Dem fremden Rechte ſoll das Gew.R. vorgehen, nicht aber dem wirtemb. W.Priv.R. I. §. 124. n. 2. II. §. 109 (Mohl erkennt auch im letztern Fall desuetudines an, nicht aber consuetud. obrogatoriae. Staatsr. 2. A. I. S. 77). Allein dieſe Beſchränkung ſteht im Widerſpruche mit der jetzt auch von ihm angenommenen Anſicht über die letzte und eigentlichſte Quelle alles Rechts. ſ. II. §. 1. 5. 9. S. 37. 38. Gem. R. S. 122 ob. A. M. Berner S. 77.

3) Die aufgestellten Sätze über Rückwirkung sind sowohl von der Doktrin [1]), als der neueren Gesetzgebung allgemein angenommen; wenn nicht in der Begründung [2]), so doch im Resultate [3]). Die wichtigen Punkte bei der Frage sind, außer der Begründung selbst, A) die Frage, in welchen Fällen das neuere oder ältere Recht als das gelindere anzusehen sei [4])? Hier ist nun Folgendes unzweifelhaft: das ältere Recht ist anzuwenden, a) wenn eine bisher erlaubte Handlung durch das neue Gesetz erst zum Verbrechen gestempelt, b) wenn die Strafe des früheren qual. oder quantitativ erhöht wird, c) wenn ein bisher indifferenter Umstand strafschärfenden Einfluß erhält [5]), d) wenn ein bisheriger Strafmilderungsgrund aufgehoben wird [6]), e) wenn Verjährung eingetreten war und das neue Gesetz die Verjährung aufhebt oder eine längere Frist festsetzt [7]), f) wenn nach älterem Recht giltig auf eine Klage verzichtet war und jetzt Untersuchung von Amtswegen eingeführt wird [8]). Dagegen ist das neuere anzuwenden: a) wenn eine bisher strafbare Handluug jetzt als erlaubt freigegeben, b) wenn die frühere Strafe herabgesetzt, c) wenn einem bisher strafschärfenden Umstande diese Kraft entzogen [9]), d) wenn ein neuer Milderungsgrund eingeführt, e) wenn die Verjährungfrist abgekürzt [10]), f) wenn Untersuchung

1) s. übr. Roßhirt Lb. S. 157. Marezoll S. 72. 73. Dag. Weber Ueber d. Rückanwendung pos. Ges. 1811. S. 125—127. Bayl Beitr. z. Krim R. nr. 6. Bergmann das Verbot der rückw. Kraft neuer Ges. im Pr R. 1818. §. 31. Fredericq de eff. leg. ad praeter. non revocando. 1817. §. 16. Gönner Jahrb. d. Ges.Geb. I. 15—44. 180—187. Hofacker Jahrb. I. 102. 267. Borst üb. Anwendung neuer Gesetze ꝛc. Abegg im N. Arch. XIII. 467—501. Zachariä über die rückw. Kraft neuer Strafges. 1834. Van de Poll de vi legis novae in crim. 1834. Bauer Abh. I. 169 f. Stelzer Lb. §. 18. 31. Tittmann I. §. 13. not. t. Schröter I. §. 25. Kleinschrod II. §. 112. 113. Bauer §. 103. Wächter I. §. 34. Jarcke I. §. 49. Abegg §. 60. Hefftter §. 21. Mittermaier n. 2. z. F. §. 74. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 205—207. s. fernere Liter. b. Kappler S. 287—290.

2) s. hier. Abegg N. Arch. XIII. 478 ff., wo übr. n. 17 sehr auf Schrauben steht.

3) l. 1 pr. D. de poen. (48. 19). l. 7 C. de legib. (1. 14). Nov. 22. c. 1 a. E. (Nov. 19 praef. u. 143. praef. beziehen sich auf die authent. Auslegung s. u.). Caus. 32 qu. 4. c. 3. cap. 2. 13. X. de constitut. (1. 2). Preuß. ALR. Einl. §. 14. 18. 20. Oestr. Publ. Pat. b. Jenull I. 81. 82. Bair. Publ. Pat. Art. 1. 2. Code pén. art. 4. Sächs. Einf. VO. IV—VI. Wirt. Einf. Ges. Art. 2. 3. 5. Hannövr. §. 6—8. Braunschw. §. 5—9. Hess. Art. 3. 4. 6—8. Badisches §. 7. 8. Preuß. GB. §. 2. Einf.Ges. Art. IV. ff. Thüring. Einf.Ges. Art. 5. 6. 9. vgl. dagegen das Oestreich. Publ. Patent 27. Mai 1852. Art. I.

4) Abegg im N. Arch. XIII. 491—501.

5) z. B. auch, wenn das neue Gesetz (was jetzt mannigfach vorkommt) Vollendung in einem frühern Zeitpunkt annimmt, als das ältere.

6) Dahin gehört auch, wenn das neue Gesetz die geringere Strafbarkeit des Versuchs, der Beihilfe ꝛc. aufhebt.

7) A. M. Zachariä §. 33. s. dag. Berner S. 56—59. vgl. übr. Weiß 318. 319. 321. 322.

8) Ueber andere prozessual. Momente s. Abegg a. a. O. S. 498 ff.

9) Auch indirekt, z. B. wenn jetzt mehrere Momente zum vollen Thatbestande verlangt werden.

10) A. M. war Wächter in s. Vorles. (1837), weil vor abgelaufener Verjährung das Recht, nach dem alten Gesetze beurtheilt zu werden, noch nicht vollkommen erworben gewesen sei. vgl. Preuß. Einf.Ges. Art. V. Breidenbach I, 2. S. 707—710. Rauter traité II. 553. 554.

bloß auf Klage statt von Amtswegen eingeführt wird [1]). Indessen sind die angef. Momente nicht erschöpfend, und von den genannten ist sehr häufig eines nicht ohne die andern in Erwägung zu ziehen. Diese kann aber namentlich da, wo es sich um die Einführung einer ganz neuen Strafgesetzgebung handelt, oft sehr verwickelt werden [2]). Solchenfalls ist dann namentlich vor der in der Praxis hie und da aufgetauchten falschen Manier zu warnen, welche aus beiden, den alten und neuen Gesetzen je das mitius ausklaubt; vielmehr muß hier der Fall je nach der alten und der neuen Gesetzgebung im Ganzen erwogen und hieraus erst das Fazit gezogen werden [3]). B) Die Frage, in welchem Stadium der rechtlichen Wirkung eines Verbrechens [4]) die Regel des §en überhaupt noch anwendbar, und wann ausgeschlossen sei? Hier ist zu unterscheiden: a) es ist bereits eine Untersuchung anhängig gemacht, aber noch nicht durch ein rechtkräftiges Urtheil geschlossen worden. Hier kann die Anwendung der betr. Grundsätze nicht den mindesten Zweifel leiden [5]). Nur darf nicht unbemerkt bleiben, daß die Rechtskraft der Strafurtheile keineswegs die unbedingte Natur hat, wie die der Civilurtheile. b) Es ist nach Verzicht auf die Rechtsmittel oder fruchtlosem Gebrauch derselben zum wirklichen Strafvollzug gekommen. Hier muß es nun ohne Zweifel als Regel gelten, daß es hiemit sein Bewenden habe [6]), und die Mißverhältnisse, die sich hier allerdings ergeben können, sind auf dem Weg der Begnadigung auszugleichen [7]). Ein Andres ist es jedoch, wenn mit bereits in Vollziehung begriffenen oder vollzogenen Strafen Nebenübel verbunden sind, welche das neue Gesetz (als einen Schandflecken der älteren Gesetzgebung) abschafft [8]), wie z. B. Schärfung durch körperl. Züchtigung, bürgerlichen Tod, lebenslängliche Infamie ꝛc.; hier greift wieder der Grundsatz Platz, daß es eine Selbstentehrung des Staats wäre, wenn er das formell verdiente Nebenübel noch zufügen wollte.

---

1) Sächs. VO. §. VI. Wirt. Einf.Ges. Art. 3. Braunschw. §. IX. Hess. §. 3 („Normen"). A. M. Breidenbach I. 1. S. 649. 650, wo n. 13 das Wirt. Ges. mißverstanden ist. Badisches §. 7. 8. Thüring. Art. 9.

2) So besonders beim Rückfall. Gönner Jahrb. d. Gesetzgeb. I. S. 180 ff. Watzdorf Jahrb. f. sächs. Strafr. 1839. S. 196 ff.

3) Abegg a. a. O. S. 479. Gönner a. a. O. I. S. 35 f. vgl. das preuß. Ob.Trib. bei Beseler S. 603. 605. Thüring. Einf.Ges. Art. 5. Berner S. 55. 56. (über nicht hiemit zu verwechselnde Fälle eb. S. 53—55).

4) Natürlich handelt es sich hier überhaupt nur von Akten, die vor dem Eintritt der Wirksamkeit des neuen Gesetzes begangen sind. Ist es nun zweifelhaft, ob die Begehung vor oder nach diesem Zeitpunkte falle, so ist (s. u.) in dubio in mitius zu entscheiden. Ausdrücklich sagt dies das preuß. Einf.G. Art. IV.

5) Sächs. VO. §. V. Hannövr. Pat. §. 7. Braunschw. §. V. Hess. Einf.G. Art. 3. Bad. §. 7. 8. Das Wirt. und Preuß. Ges. setzen dasselbe voraus.

6) namentlich also z. B.. wenn kurz vor dem Eintritt der Wirksamkeit des neuen Gesetzes eine Geld- oder Gefängnißstrafe vollzogen worden ist. s. auch Abegg a. a. O. S. 486. 487.

7) Abegg a. a. O. S. 488. Das Gegentheil schrieb das preuß. Allg. LR. Einl. §. 18 vor; s. jedoch Einf.Ges. 1851. Art. VII. und Verf. d. Justizminist. b. Beseler S. 607. 608. Berner S. 60.

8) Abegg a. a. O. S. 488. 489.

c) Auslegung und Ergänzung der Strafgesetze.

§. 25.

Vermöge seiner räumlichen und zeitlichen Bedingtheit bildet endlich das positive Recht eines Staates ein eigenthümliches Ganzes, das aus sich selbst erklärt und (nöthigenfalls) ergänzt sein will. Zunächst versteht es sich von selbst, daß die vorhandenen Strafgesetze in dem Sinne angewandt werden müssen, in welchem sie gegeben sind, zu welchem Behufe es bei ihnen, wie bei allen Theilen des positiven Rechts, der gehörigen Auslegung bedarf. Wie überall, so ist dann auch hier authentische und doktrinelle, und bei letzterer wieder grammatische und logische Auslegung zu unterscheiden. Als eigenthümlicher Grundsatz macht sich aber im Strafrecht die Regel: in dubio in mitius geltend. Wie nun aber schon bei der Auslegung nur die positive Gesetzgebung (sie bestehe nun in förmlichen Gesetzen oder in Gewohnheitsrecht) nebst ihrer Geschichte als Material gebraucht werden darf, wenn sie nicht ihrem Begriff widersprechen und zu eitler Willkühr werden soll, so kann auch eine Ergänzung der Lücken einer positiven Strafgesetzgebung lediglich so bewirkt werden, daß die unentschiedene Frage nach der Analogie eines bestimmten Gesetzes, wo ein solches vorhanden ist, wo es aber daran fehlt, aus dem Geiste des gesammten positiven Strafrechts entschieden wird. N. Rev. S. 754—759 [1]).

1) Auslegung. a) Authentische. Die gewohnheitsrechtliche Auslegung, welche man der authentischen an die Seite zu setzen pflegt, wird jetzt im Strafrechte kaum praktisch werden können. Sollte aber der Fall eines Stagnirens der

---

1) A. Chr. Jordan de propr. leg. poen. interpr. princ. 1799. Murhard de leg. p. interpr. pr. 1800. Grolman in der Bibl. f. peinl. R.W. I. 1. S. 51—80. Thibaut Theorie d. Auslegung. 2. A. 1806. Sylv. Jordan Auslegung d. Strafgef. 1818. Feuerbach Rev. II. 11 ff. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 18 ff. Elout de interpr. in j. crim. 1820. Rappard de auctor. et usu disceptat. et oration. 1820. v. Campen de interpr. leg. crim. extens. 1829. Königswärter de jur. crim. placito: null. del. ꝛc. sine leg. poen. 1835. Post de analogia ab interpr. ext. rite distingu. 1840. Henke Hdb. I. §. 86. 87. Jarcke I. §. 50. Schröter I. S. 61—64. Heffter §. 22. 23. Marezoll S. 73—76. Luden I. 143—153. Mittermaier z. F. §. 75 a. Derſ. d. Straf.geſ.geb. in ihrer Fortbild. I. 167—169. 217 ff. und ſonſt, z. B. N. Arch. 1836. S. 409—416 (ſich oft widerſprechend). Roßhirt Entw. S. 25—39. N. Arch. VIII. 152. zwei krim. Abh. S. 109 ff. u. ſonſt. Bauer §. 119. 120. Warnungstheorie S. 150 f. Anm. z. hannövr. Entw. II. 47 f. Abh. I. 138 f. v. Preuſchen Gerechtigkeitstheorie II. 12 f. Eſcher Betrug S. 15 f. Birnbaum im N. Arch. XIII. 588 f. 1836. S. 564 f. 1838. S. 496 f. Günther in Pölitz Jahrb. 1837. S. 97 f. Hermann Beurth. d. ſächſ. Entw. S. 13 f. — v. Savigny Syſt. I. 206—326. Wächter Lb. I. §. 39—41. Comm. de lege Sax. d. VIII. Febr. 1834. Abh. I. S. 242—249. W. Priv.R. II. §. 13. 14. 23—26. N. Arch. 1844. S. 413 f. 535 ff. Mohl im N. Arch. 1842. S. 214 f. 340 f. Schaffrath Theorie d. Ausleg. konſtitut. Geſ. 1842. Collmann Lehre v. Strafr. S. 223 f. v. Jagemann in ſ. Beitr. z. Erl. der bad. Strafgeſ. I. 269—285. Hepp N. Arch. 1846. S. 100 f. 161 f. Krug Grundſ. d. Geſetzauslegung. 1848.

Gesetzgebung eintreten, so würde eine solche Auslegung gerade aus denselben Gründen gerechtfertigt sein, wie eine desuetudo oder consuetudo obrogatoria [1]). Abgesehen von diesem Falle kann eine Auslegung durch den Gerichtsgebrauch keinerlei formelle Giltigkeit ansprechen [2]). Die authentische Auslegung fällt unter die Kategorie des Gesetzes; sie muß dessen Formen haben, gilt aber auch dann, wenn sie auch materiell ganz unrichtig sein sollte, als Gesetz und zwar so, als wenn sie in dem ausgelegten Gesetze selbst schon enthalten gewesen wäre, mithin mit schlechthin rückwirkender Kraft [3]). b) Doktrinelle. — Deren Zulässigkeit bei Strafgesetzen überhaupt wird jetzt nicht mehr bezweifelt [4]). Es gelten aber für sie hier dieselben Grundsätze, wie in allen andern Rechtstheilen [5]), nur mit der Modification, daß die Regel: in dubio in mitius im Strafrecht jedenfalls eine noch prägnantere Anwendung erleidet, als im Civilrecht [6]), wogegen die Frage über den Werth der ständischen Verhandlungen für die Auslegung der Gesetze [7]) zwar für die neueren Strafgesetzgebungen durchgängig wichtig, aber nicht eigenthümlich ist. — Als Fundamentalgrundsätze sind die beiden zu bezeichnen: aa) Den Gegenstand der Auslegung bildet eben nur das Gesetz mit dem vorliegenden Inbegriff seiner Worte und Sätze; dieser giebt das absolute Maß für die Auslegung [8]). Was nicht in Worte gefaßt ist, kann auch nicht ausgelegt werden (über die analogische Anwendung ist damit nicht abgesprochen). bb) Die Aufgabe der Auslegung aber ist, aus diesem gegebenen Wortstoff den Gedanken, und zwar den Gedanken herauszuziehen, welchen der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte [9]). Nicht die Worte sind das Gesetz, sondern die Vorschrift, die der

---

1) s. §. 24. Anm. 2. — Puchta Pand. §. 15. A. M. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 154.

2) Wächter Priv.R. II. §. 25. n. 10. v. Savigny I. S. 208. 209. — Mittermaier im N. Arch. 1847. S. 603—611 verweist den Richter gar auf „die Volksmoral und das Volksrechtsbewußtsein".

3) Bergmann Das Verbot d. rückwirk. Kraft S. 63. Mohl Wirt. Staatsr. 2. A. I. S. 99. Kierulff Civ.R. I. S. 36. Falck Encykl. 4. A. S. 281. n. 27. Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 25. (s. bes. n. 5).

4) Gegen Beccaria §. 4 s. schon Schall von Verbrechen und Strafen. (d. h. Schott de del. et poen. Tub. 1767). Henke I. §. 87. Mit Unrecht zählt aber Wächter auch Feuerbach zu den absol. Gegnern; s. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 18 ff. Gegen ausdehnende Auslegung s. auch Bauer Abh. I. 134—138. 180. Königswärter de placito: nullum del. ꝛc. sine lege. 1835. p. 127.

5) Wächter im N. Arch. 1844. S. 413—416.

6) l. 42 D. de poen. (48. 19). l. 155. §. 2. l. 192. §. 1 D. de R. J. (50. 17). reg. 49. de R. J. in 6° (5. 13). A. M Tittmann Hdb. I. S. 22. s. dag. Wächter Lb. I. §. 39. v. Savigny a. a. O. S. 230 u. die Regeln üb. die Anwendung bei Krug a. a. O. S. 227—230. Sehr unbestimmt ist Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 203. 204.

7) s. Wächter Abh. u. W. Priv.R. a. a. O. Mohl a. a. O. Krug a. a. O. §. 13. 16. 17. Schaffrath a. a. O. van Hall et den Tex Bydragen. 1836. Schletter de subsid. interpr. leg. ꝛc. 1839. Schüler Beitr. z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 8 ff. Mittermaier Fortbildung ꝛc. I. §. 23. vgl. bes. noch Leonhardt I. 38—41. Hufnagel III. S. 5—22.

8) Dies ist der ganz richtige, aber abstrakt und darum zu einer Reihe von Irrthümern entwickelte Grundgedanke bei Schaffrath. In modifizirter Weise erscheint er bei Krug §. 6—11 und Milhauser sächs. Strafrecht 1839. I. 11. not. k., daher auch mit modifizirten irrigen Konsequenzen.

9) Beide Sätze schließen sich keineswegs aus. Deshalb ist schon die „Feststellung

Gesetzgeber damit zu geben im Sinne hatte [1]). Dies ist das absolute Prinzip für die Auslegung. — Aus dem ersten Satze folgt, daß noch so gut urkundlich nachgewiesene Willensäußerungen des Gesetzgebers, wenn sie nicht irgendwie in Worten einen, wenn auch mangelhaften, Ausdruck gefunden haben, nicht in das Gesetz hinein interpretirt werden dürfen. Denn dies sind bloße Gedanken, denen es an der dem Begriffe des Gesetzes wesentlichen Verkörperung fehlt. Dasselbe muß aber gelten, wenn die zum Ausdruck eines urkundlich nachgewiesenen Gedankens des Gesetzgebers bestimmten Worte etwas davon wesentlich Verschiedenes, d. h. weder durch Ausdehnung, noch durch Beschränkung des Ausdrucks damit Vereinbares aussagen. Vorausgesetzt, daß hier kein bloßer Redaktionsfehler vorliegt, ist der nicht zur Verkörperung gediehene Gedanke wiederum als nicht promulgirt zu betrachten, falls er sich nicht aus dem Gesetze selbst und seinem Zusammenhange mit der übrigen Gesetzgebung suppliren, d. h. als promulgirt indirekt nachweisen läßt [2]). Aus dem zweiten Satze (bb) dagegen folgt, daß ein noch so klarer Wortlaut des Gesetzes nicht nur niemals die Auslegung ausschließen, sondern auch gegen einen irgendwoher geführten Beweis, daß der Gesetzgeber mit den fraglichen Worten einen wesentlich andern, damit nicht vereinbaren Gedanken ausdrücken wollte, sich nicht behaupten kann. Läßt sich der Beweis aus dem Gesetze und seinem Zusammenhang mit der übrigen Gesetzgebung selbst führen, so ist der Wortlaut des Gesetzes unmittelbar nach dem Resultat des Beweises zu korrigiren; vermag aber dieser nur mittelst andrer, außer dem Gesetze liegender Hilfsmittel geführt zu werden, so ist das im Gesetze Gesagte als nicht gesagt zu betrachten, soweit es nicht etwa mit dem Gedanken noch zu vereinigen ist, dessen Ausdruck es bilden sollte [3]). — Hieraus ergiebt sich das Ver-

---

der Streitpunkte" bei Mohl S. 227 von vornherein verfehlt. s. jedoch S. 240. und dagegen wieder S. 245.

1) Dies ist der richtige Kern der Wächter-Mohl'schen Ansicht, der aber freilich gleichfalls zum Theil sehr abstrakt entwickelt worden ist, Anfangs selbst von Wächter (s. jedoch W. Priv R. II. S. 145. 157), noch mehr aber von Mohl, der sich freilich mehrfach widerspricht. S. 231—233 u. 242. 245, und ganz verschiedene Fragen, namentlich die über die form. Giltigkeit des Gesetzes, mit der vorliegenden vermengt. S. 233. 240.

2) Beides erkennen jetzt auch Wächter W. Priv.R. II. S. 145. 157. u. Mohl S. 231—233. 237 an. Wenn nun auch der Letztere in seinen Ausdrücken nicht sehr vorsichtig ist, so ist doch die Polemik gegen ihn bei Krug S. 63—75 ganz ungerecht, und doppelt unbegreiflich, da die Stelle von Wächter, mit der sich Krug für beruhigt erklärt, gerade den falschen Satz enthält, der Mohl untergeschoben, in Wahrheit aber gerade von ihm (S. 231—233. 237. 239 ꝛc.) bekämpft wird! Das Beispiel bei Krug S. 70. 71 hätte nicht unglücklicher gewählt werden können.

3) Wächter W. Priv.R. II. S. 155. 156. vgl. Thibaut a. a. O. S. 184 f. v. Savigny I. 243 f. Falck Encykl. §. 149. n. 34. Mohl S. 232. — A. M. sind, wenn auch in verschiedenem Maße, Schaffrath a. a. O. S. 46 f. Schilling Instit. II. 73. v. Bangerow Leitfaden I. 40 f. Reyscher Wirt. Priv.R. §. 85. 86 und in Sarweys Monatschr. IX. 230, Krug §. 6—11. Milhauser a. a. O. Ueber die Widersprüche dieser Schriftsteller mit sich selbst s. Wächter a a. O. §. 23. n. 23. 25. Auch Krug S. 27 erkennt den Satz an, mit dem seine ganze Doktrin über Auslegung klarer Gesetze zusammenfällt, daß nur der Gedanke, den der Gesetzgeber ausdrücken wollte, Gesetz sei. Dagegen hilft auch die S. 64 gebrauchte Wendung nicht; denn im fraglichen Fall ist ja stets als erwiesen vorausgesetzt, daß der dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Gedanke nicht oder verfälscht in das Gesetz übergegangen sei, daß hier also Irrthum oder Eigenmächtigkeit des

hältniß zwiſchen grammatiſcher und logiſcher Auslegung (die hiſtoriſche, welche auch wohl beſonders aufgeführt wird, eingerechnet). Keine kann ohne die andre zum Ziele führen; aber weder ſtehen beide im Gegenſatz, ſo daß die eine die bloße Aushilfe wäre, wo die andre nichts erbringt [1]), noch auch haben beide abſolut gleiche Berechtigung [2]). Vielmehr beſtimmt ſich ihr gegenſeitiges Werthverhältniß ganz nach den angegebenen Grundſätzen [3]). — Die grammatiſche Auslegung iſt überall unentbehrlich; aber ihre praktiſche Wirkſamkeit ſetzt ſtets voraus, daß nicht die logiſche ein qualitativ verſchiedenes Reſultat ergebe [4]), und ihre volle praktiſche Geltung tritt nur ein, wenn auch kein erhebliches quantitativ verſchiedenes Ergebniß aus der logiſchen Auslegung hervorgeht [5]). Die logiſche dagegen hat die grammatiſche nur zu ihrem Maße, und ſelbſt dies nicht unbedingt (d. h. nicht, wo aus dem Geſetz ſelbſt oder ſeinem Zuſammenhang ꝛc. die Nothwendigkeit direkter Korrektion unrichtiger Ausdrücke hervorgeht), ſondern nur da, wo ſie bloß mittelſt dem Geſetze äußerlicher Hilfsmittel ein von den Worten des Geſetzes qualitativ verſchiedenes Reſultat ergiebt. Wo nun aber ein ſolcher abſoluter Widerſpruch [6]) nicht vorliegt, vielmehr die Möglichkeit übrig bleibt, durch Ausdehnung oder Einſchränkung der Worte des Geſetzes dieſe mit dem ſonſther erwieſenen Gedanken des Geſetzgebers zu vereinigen, da muß dies geſchehen, d. h. das grammatiſche Element dem logiſchen weichen, mag nun der Wortlaut an ſich klar ſein oder nicht [7]), mag der wahre Gedanke des Geſetzgebers aus Geſetzen od. andern Hilfsmitteln bewieſen ſein [8]). Dagegen tritt in

---

Redakteurs obgewaltet haben müſſe. Uebrigens iſt ſeine Theorie vom klaren Geſetze durch den weiten Begriff, worin er die grammatiſche Auslegung nimmt (§. 7), durch die Einräumungen, die er bezüglich der Redaktionsverſehen macht (S. 72. 97 n. 1), und beſonders durch die reichliche Anerkennung von Fällen, worin auch ein ſcheinbar klares Geſetz unklar erſcheinen könne (S. 75—108), ſo ſehr verklauſulirt, daß ſie nahezu als ganz unpraktiſch bezeichnet werden darf. ſ. auch Krug ſelbſt a. a. O.

1) Mühlenbruch Pand.R. §. 60, und alle Buchſtabengläubigen.

2) v. Savigny I. 214 f. (ſ. aber S. 320). Dag. Wächter W. Priv.R. II. S. 135. n. 13. Krug S. 103. 104, ohne jedoch weſentlich etwas Beſſeres beizubringen. vgl. auch Kierulff Civil.R. I. 28.

3) Nur der beſtimmte Einſchnitt fehlt bei v. Savigny, nicht die Materialien zur richtigen Entſcheidung.

4) A. M. ſind natürlich Schaffrath, Krug, Reyſcher ꝛc. ſ. dagegen Wächter W. Priv.R. II. S. 136 ff., wo nur eben der Hauptunterſchied zwiſchen qualit. und quantitaver Verſchiedenheit theils nicht, theils wenigſtens nicht mit der nöthigen Klarheit hervorgehoben iſt. vgl. S. 145. 157.

5) ſ. die Regeln hierüber bei Wächter a. a. O. S. 136—138. (beſ. üb. das argum. a contrario.) vgl. Krug §. 6—11. der jedoch den Begriff der gramm. Ausl. ſehr auffallend erweitert, und überh. Jenull I. 286—307.

6) Auch Mohl ſpricht von „weſentlicher" Verſchiedenheit, ohne jedoch irgend etwas Näheres zu beſtimmen. Inſofern hat Krug S. 73. 74 gegen ihn Recht, nicht aber in der Sache ſelbſt. Unklar iſt Breidenbach I. 1. S. 204 f.

7) v. Savigny I. 231 ff. Wächter a. a. O. S. 138—142 (ſ. beſ. S. 141. 142 über das Maß, worin die ratio legis beachtet werden darf. vgl. Krug S. 93. 94. 151—161).

8) In dieſem Punkt macht Wächter, der früher zu weit gieng, jetzt zu große Konzeſſionen. S. 145. (N. Arch. 1844. S. 547. 551. n. 25). Not. 7. auf S. 157 iſt daher unrichtig, ſoweit es ſich nur von Mehr oder Weniger handelt. Wird aber freilich eine gewiſſe Zahl von Merkmalen vereint beſchloſſen, und es fehlt hievon eins im Geſetze, ſo geht die quantit. Verſchiedenheit in eine qualit. über. vgl. Krug §. 13. 16. 17. u. S. 215—223.

Fällen, wo ſchon der Ausdruck des Geſetzes unbeſtimmt und mehrdeutig iſt, die grammatiſche Auslegung dann wieder in den Vorgrund, wenn die logiſche nicht zum Ziele führt [1]).

2) Ergänzung mittelſt Analogie. Abgeſehen von dem aus der Doktrin noch immer nicht ganz verbannten Irrthum, der in der Verwechslung der Geſetzesanalogie mit der ausdehnenden Auslegung liegt [2]), ſind hier mehrere Fragen, die oft durcheinander geworfen werden, zu trennen. a) Das Prinzip, daß, wenn ſich Lücken in einem Geſetze oder einer Geſetzgebung finden, die behufs der Rechtſprechung ausgefüllt werden müſſen, dieſe Lücken eben nur aus dem Material des poſitiven Rechts ergänzt werden dürfen, iſt jetzt allgemein zugegeben. Hie und da wird aber behauptet, daß eben im Strafrechte die gedachte Vorausſetzung nicht eintrete oder gar nicht eintreten könne [3]). b) Dieſe Behauptung beruht jedoch auf einer ganz unzuläſſigen petitio principii, indem ſie die Wirkſamkeit der Analogie im Strafrecht überall nur auf die Vervielfältigung der ſtrafbaren Fälle bezieht. Allein der Augenſchein ergiebt, daß dieſe Beſchränkung ebenſo willkührlich als irreführend iſt [4]), daß vielmehr die ausführlichſten Strafgeſetzbücher der neueſten Zeit außer jenem Bereich eine anſehnliche Menge von Lücken enthalten, die aus demſelben Grunde ihre Ausfüllung verlangen, wie die ähnlichen im Civilrecht, ohne daß dagegen ein politiſcher oder aus der ſpezifiſchen Natur des Strafrechts (ſei es mit Anerkennung oder jetzt beliebter Verläugnung Feuerbachs) entnommener Grund geltend gemacht werden könnte [5]). — c) Sind nun aber ſolche Lücken vernünftiger Weiſe nicht abzuläugnen, ſo kann ihre Ergänzung nicht anders verſucht werden [6]), als in der Art, daß [7]) zunächſt die Beſtimmung eines konkreten Geſetzes wegen gleicher ratio legis auf den

---

1) v. Savigny I. 226 f. Wächter S. 143. 144. Krug §. 18.

2) ſ. dag. beſ. Feuerbach Krit. II. S. 24 f. Wächter im N. Arch. 1844. S. 417 f. Bauer Warnungstheorie S. 150 f. Marezoll S. 74. n. 1.

3) Im Civilrechte zweifelt Niemand am Gegentheil. Thibaut a. a. O. S. 58 ff. v. Savigny I. 291 ff. vgl. Mohl Wirt. StaatsR. I. §. 11. Kierulff I. S. 26 ff. Wächter W. Priv.R. II. §. 13. 14. — ſ. dag. Königswärter l. c. p. 144. v. Preuſchen Gerechtigkeitstheorie II. 12—16. Eſcher Betrug ꝛc. S. 15 ff. Luden I. S. 148—153 (vgl. N. Rev. 755 f.). Umgekehrt wird wieder die Wirkſamkeit der Analogie in Bauſch und Bogen behauptet von Roßhirt a. a. O. (ſ. auch ſeine Zeitſchr.).

4) Deshalb, weil dann die unentbehrlichen Fälle des Gebrauchs der Analogie im Strafrechte in Punkten harmloſer Natur in den Begriff der ausdehnenden Auslegung hineingezwängt werden. ſ. beſ. Luden I. 149 ff. n. 2. Mittermaier z. F. §. 75 a. 13 A. (vgl. die verworrene Darſtellung im N. Arch. 1834. S. 503—507). Birnbaum a. a. O. (ſoweit ein zuſammenfaſſendes Urtheil möglich iſt).

5) ſ. beſ. Wächter Lb. I. S. 70. N. Arch. 1844. S. 433—435. Heffter §. 23. vgl. Krug §. 20. j. §. 15. A. M. war Hufnagel III. 4. 5. ſ. jedoch Straf-Geſetzb. ꝛc. S. 484 u. N. Rev. a. a. O. Breidenbach I. 1. S. 212—214. Leonhardt I. 78. 79.

6) Grolman in ſ. Bibl. a. a. O. S. 67 ff. v. Savigny I. S. 292. Kierulff Civ.R. I. S. 30. Wächter Lb. I. §. 41. N. Arch. 1844. S. 423 ff. Abegg §. 18. Heffter §. 23. Jarcke I. §. 50. Bauer Warn.theorie a. a. O. und Lb. §. 120. Martin §. 59. Henke Krimin. Verſ. S. 52 f. Hob. I. 588. Krug §. 21. vgl. Oerſted Grundregeln ꝛc. S. 107—128. Jordan Ausleg. S. 82 ff. 110 ff. Breidenbach I. 1. S. 198. 199.

7) Regeln für die Anwendung ſ. bei Wächter W. Priv.R. II. S. 58—60. 63. 64. vgl. Krug §. 22. j. §. 9. 15. 18.

übergangenen Punkt angewandt, in Ermanglung eines solchen bestimmten Gesetzes aber auf die aus dem ganzen Geiste der positiven Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätze behufs seiner Entscheidung zurückgegriffen wird (Gesetzesanalogie — Rechtsanalogie) [1]). Nur darf mit dieser Entscheidung nach Analogie der wesentlich verschiedene Fall nicht verwechselt werden, wenn es sich lediglich um die Anwendung einer im Gesetze wirklich ausgesprochenen allgemeinen Regel auf einen darunter passenden, aber nicht ausdrücklich genannten und nicht per argum. a contr. auszuschließenden Fall handelt. Denn diese Subsumtion ist eine zur Auslegung gehörige Thätigkeit [2]) und fällt erst dann unter die Analogie, wenn die fragliche Regel selbst erst aus gesetzlichen Bestimmungen abstrahirt und in das Gesetz hinein interpretirt werden muß [3]). d) An und für sich liegt nun in der Natur des Strafrechts kein Grund, vermöge dessen der Gebrauch der Gesetzes- und Rechtsanalogie, selbst wenn er zur Vervielfältigung der strafbaren Fälle führt, schlechthin für ausgeschlossen gelten müßte. In der Behauptung des Gegentheils läge das übermüthigste Verdammungsurtheil des gesammten römischen und des gemeinen deutschen Strafrechts bis in's 19. Jh. [4]). Nicht an das Wesen des Strafrechts also [5]), sondern lediglich an das Wesen umfassender Strafgesetzgebungen ist die Frage anzuknüpfen, ob es politisch räthlich sei, den Gebrauch der Analogie auch in der angegebenen Beziehung gesetzlich zu bevollmächtigen. Diese Frage ist nun aber zu verneinen, weil eine mit der Absicht der Vollständigkeit unternommene Gesetzgebung sich schicklicher Weise nicht selbst als lückenhaft behandeln kann, um so weniger als eben jener Standpunkt des Gesetzgebers die in Beziehung auf die rechtliche Behandlung der Rechtsunwissenheit wichtige Voraussetzung in sich schließt, daß er Fälle, die er übergangen hat, auch habe übergehen wollen, überdies das Bedürfniß der Festigkeit des Rechts und der festen Abgrenzung des Unterschieds zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Gewalt jener Verneinung entschieden das Wort redet [6]).

---

1) A. M. sind, aus verschiedenen Gründen, Roßhirt Entw. S. 31. Zeitschr. II. 259. III. 393 f. Mittermaier §. 75 a. z. F. 13 A. not. h. i. v. Preuschen a. a. O. und Escher a. a. O. s. dag. Wächter N. Arch. 1844. S. 536—546. Jetzt sind wieder A. M. Luden I. 151. not. Marezoll S. 74. 75. n. 2. vgl. Mittermaier 14. Ausg., wo er die Rechtsanal. ganz über die Klinge springen läßt und im Uebrigen die Ansicht des Wirtemb. Rechts zu der seinigen macht.

2) A. M. war Mittermaier im N. Arch. 1834. S. 504. 506. (vgl. 13. Ausg.) s. dag. Wächter eb. 1844. S. 429. n. 15 u. Luden I. 151. 152; vgl. jedoch N. Rev. S. 755—759. Hufnagel Straf-Gb. ꝛc. S. 484.

3) Krug §. 20. Breidenbach I. 1. S. 210. 211. vgl. Henke I. 598.

4) Hierin hat nun Roßhirt ganz Recht, so wenig auch seinen Diatriben gegen die moderne Gesetzgebung (s. z. B. Gesch. und Syst. I. 332) beizustimmen ist.

5) Dies that Feuerbach Rev. II. S. 17 f. — nach seiner Philosophie mit gutem Grunde. Es thun es ihm aber noch Viele nach, die längst über seine Theorie hinaus zu sein glauben, ohne freilich zu wissen, was einen philosophischen Standpunkt zu überwinden heißt. Ersteres erkennt auch Krug an, läßt sich aber gleichwohl nicht abhalten, eine Begründung aus dem Wesen des Strafrechts zu versuchen, die seinen eigenen Prinzipien am meisten widerspricht. S. 21—26. j. 234 unt. — 238. vgl. Bauer Abh. I. 138. 139. Mittermaier §. 75 a. (14. Ausg.) v. Preuschen a. a. O. Birnbaum a. a. O.

6) N. Rev. S. 758. Henke I. 596. Abegg Krit. d. Wirt. Entw.

3) Positives Recht. Daß im gem. deutſchen Strafrechte die doktrinelle Auslegung in ihrem ganzen Umfang, namentlich alſo auch die (von der Geſetzesanalogie wohl zu unterſcheidende) ausdehnende Auslegung unbedingt geſtattet ſei [1]), iſt allgemein anerkannt. Zweifelhafter könnte es in Beziehung auf einige neueren Geſetzgebungen erſcheinen, die ſich in dieſem Punkt nach dem Code pénal gerichtet haben [2]). Indeſſen geht auch bei dieſen aus den — freilich hier oft ſehr verworrenen — ſtändiſchen Verhandlungen hervor, daß nur die Ergänzung, nicht die Auslegung des Geſetzes ausgeſchloſſen werden ſollte [3]). Dagegen iſt es ſehr beſtritten, ob und inwieweit die Quellen des gem. deutſchen Strafrechts den Richter zur Ergänzung der Lücken der Geſetze mittelſt Analogie ermächtigen. Was die Geſetzesanalogie betrifft, ſo werden hier meiſt die Fälle der Vervielfältigung der Straffälle und der Ergänzung anderer Lücken nicht unterſchieden [4]); indeſſen unterlag ihre Anwendung in der letzteren Beziehung faktiſch keinem Zweifel [5]), um ſo weniger, da man ſie hier großentheils unter den Begriff der ausdehnenden Auslegung ſubſumirte [6]). In erſterer Beziehung dagegen wurde ſie mit wenigen Ausnahmen allgemein als geſetzlich geſtattet [7]) zugegeben. Die hie und da angeregten Zweifel hinſichtlich des röm. Rechts [8]) erledigen ſich ſchon durch den Hinweis auf die allgemeine Art und Weiſe der Rechtsbildung bei

---

S. 20. Birnbaum, Eſcher, v. Preuſchen, Mittermaier a. a. O., Wächter N. Arch. 1844. S. 427. 428. 430. 546—548. Krug S. 25. 26. 95. 96 (wo aber ſeltſamer Weiſe eine Ausdehnung auf Milderungsgründe gemacht iſt), 238. 239. Beſeler S. 69. beſ. Breidenbach I. 1. S. 201—204. ſ. auch v. Jagemann, der jedoch im Ganzen ohne alle feſten Begriffe iſt.

1) l. 17. 29. 30. D. de legib. (1. 3) l. 6. §. 1 D. de V. S. (50. 16). l. 3. D. de leg. Pomp. (48. 9). l. 22. §. 11. 12 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1. §. 13 D. ad Sctm. Turp. (48. 16). l. 8. D. de sep. viol. (47. 12). cap. 6. 8. X. de V. S. (5. 40) vgl. Stellen von Cic. und Quinctil. bei Rein S. 223—226.

2) Weſentlich ebenſo ſchon das Oeſtr. GB. (1803). Einl. §. VI. vgl. aber Jenull I. 105. 106. Anders Preuß. A.LR. II. 20. §. 9. j. Einl. §. 49. 50. — Zum Code pén. vgl. Code d'instr. crim. art. 364. 429. Bair. GB. Art. 1. Hannövr. Art. 4. Heſſ. Art. 1. Bad. §. 1. Preuß. §. 2.

3) vgl. Anm. z. bair. GB. I. 161. 162. Leonhardt I. 75—79. Breidenbach I. 1. S. 196—214. vgl. über die Umkehr in den Anſichten der franz. Jurisprudenz (Dupin) im richtigen Sinne Birnbaum im N. Arch. XIII. 600. 601. 1836. S. 567. Mittermaier eb. 1834. S. 489. 504 und §. 75 a. z. F. n. 12. A. M. Jarcke I. 304. ſ. dag. auch Häberlin I. 11. 12, deſſen Beweisgrund jedoch nichts taugt. Goldtammer I. 55. 56.

4) ſelbſt von Wächter nicht; ſ. Lb. §. 41. n. 93.

5) Wächter Lb. I. S. 242. n. 92. N. Arch. 1844. S. 434. 435. vgl. Henke Krim. Verf. S. 51 f. Martin §. 58—63.

6) ſ. noch Birnbaum im N. Arch. XIII. 602 ff. Luden I. 152. 153. vgl. N. Rev. S. 756 f.

7) l. 12. 13. 27. j. l. 3—6. 10. 32. pr. D. de legib. (1. 3). l. 7. §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 7 pr. §. 2 D. de jurisdict. (2. 1). l. 2 §. 23. 29. 30. D. ad Sctum Tertull. (38. 17). l. 64 §. 1 D. de R. N. (23. 2). l. 9. i. f. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1. §. ult. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10) u. a. Stellen bei Rein a. a. O. P.G.O. Art. 104. vgl. Wächter Lb. I. S. 69 u. die dort Angef. (beſ. Matthaeus, Walch, Grolman, Henke, Thibaut, Tittmann), Jarcke I. §. 50. Heffter §. 23. Marezoll S. 74. n. 2. Roßhirt Entw. S. 35. 36. Abegg §. 18. Braunſchw. Mot. z. §. 4.

8) ſ. Birnbaum im N. Arch. XIII. 589. 590. Luden I. 150 in d. Note. ſ. dag. beſ. Rein S. 223—225. n.** Krug S. 21. 22.

den Römern; ähnliche Zweifel hinſichtlich der P.G.O. erſcheinen als willkührliche Wortdrehungen [1]). Bei der Rechtsanalogie werden die verſchiedenen Anwendungen auf übergangene Fälle und anderweitige Punkte allerdings unterſchieden, dabei aber die geſetzliche Zuläſſigkeit der letzteren — mit Recht — als ſich von ſelbſt verſtehend vorausgeſetzt [2]). Um ſo mehr iſt die erſtere Anwendung beſtritten, ſowohl in Beziehung auf das römiſche Recht als die P.G.O. [3]); doch dürften gemäß der ganzen äußeren Geſtaltung und der eigenthümlichen Entwicklungsweiſe des römiſchen, wie des gemeinen deutſchen Rechts überwiegende Gründe für die Bejahung ſprechen. Die neuen Geſetzgebungen ſind in der Behandlung der Frage keineswegs einig [4]). Während das preuß. ALR. zwar im II. 20 §. 9 den Grundſatz: nullum crimen sine lege aufſtellte, aber in der Einl. §. 49. 50 die Anwendung der Analogie guthieß, ſo war ſie ſchon im öſtr. GB. Einl. §. VI durchaus ausgeſchloſſen. Nach dem Vorgang des franz. Rechts geſchah daſſelbe im Bair. GB. Art. 1, im hannövr. Art. 4, im heſſ. Art. 1, im Bad. §. 1, und im preuß. §. 2 (ſ. auch die Mot. z. neueſten bair. Entw. Art. 1). Alle dieſe Geſetzgebungen wollen nun aber nur die Vervielfältigung der Straffälle durch Analogie ausgeſchloſſen wiſſen [5]), womit der Anwendung derſelben behufs der Ergänzung anderweitiger Lücken der Geſetzgebung, welche ſehr wichtig iſt und im konkreten Fall unumgänglich nothwendig werden kann [6]),

---

1) ſ. Roßhirt Entw. S. 34, und genauer Birnbaum a. a. O. S. 591—599, und dieſem folgend Marezoll S. 74. n. 2. Luden I. 149. n. 2. Dag. die meiſten übr. Schriftſteller.

2) Wächter Lb. I. §. 41. n. 94. Martin §. 58 ff. Henke a. a. O. und Hdb. I. 588 f. Indeſſen verweiſt man doch mit Recht wenigſtens auf P.G.O. Art. 105. Ueber das Röm. R. ſ. Roßhirt Entw. S. 34. 35. und l. 2. §. 18. C. de vet. j. enucl. (1. 17). Wächter im N. Arch. 1844. S. 424.

3) Dagegen werden von Henke Verſ. S. 62—65. 70. 71. Martin §. 13. n. 4. l. 14. §. 14 D. de relig. (11. 7) und l. 131 §. 1. D. de V. S. (50. 16) angeführt, ebenſo Csa 32. qu. 4. C. 3; jedoch mit Unrecht. ſ. Roßhirt Entw. S. 33. 34 (dieſer thut jedoch Martin Unrecht, der a. a. O. l. 95 §. 1 D. de solut. (46. 3) und l. 14 C. de poen. (9. 47) gar nicht für dieſe Frage anführt). Dafür jedoch werden citirt l. 9 D. de extraord. cogn. (47. 11) l. 1 §. 1 D. si is qui testam. (47. 4) u. P.G.O. Art. 104. 105. ſ. beſ. Grolman a. a. O. S. 67—80. Jordan Auslegung ꝛc. S. 82 f. 110 f. Schröter I. S. 63. 64. Abegg §. 18. Jarcke I. S. 302. Wächter im N. Arch. 1844. S. 428. 429 (wenigſtens in Bezug auf röm. R.). A. M. hinſ. d. P.G.O. Roßhirt a. a. O., überh. Bauer Lb. §. 120. Hefftter §. 23. Marezoll a. a. O. Luden I. 149—152. n. 2. Beſonders beſtritten iſt die Auslegung der P.G.O. Art. 104. 105. ſ. beſ. Kress ad art. 104. §. 5. Böhmer cod. §. 6. Feuerbach Rev. I. 214. II. 27 f. Grolman a. a. O. S. 76 f. Schröter a. a. O. Hofacker im N. Arch. V. 446—457. Birnbaum eb. XIII. 591—599.

4) Ungenügend ſind hierüber Mittermaier §. 75 a. n. 15. 16 (vgl. Wächter im N. Arch. a. a. O. S. 538 n. 20) und im N. Arch. 1836 S. 409—416. 1840. S. 325. 326 und 1817. S. 597 ff. Häberlin I. 10—13. v. Jagemann, Luden a. a. O. Marezoll S. 76 ob. Der C. Max. I. art. 11. §. 10 überläßt die Entſcheidung den höhern Gerichten unter vollſtändiger Anerkennung der Geſetzesanalogie.

5) Mittermaier §. 75 a. n. 16. Krug §. 21. Preuß. Mot. 1827. S. 15. 16. Reviſ. 1845. I. S. 20. 21.

6) Wächter im N. Arch. 1844. S. 433—435. 548 f. Breidenbach S. 211—214. Krug §. 9. 15. 18. 21. Hye S. 97—111. Thilo S. 54. 55.

nicht präjudizirt wird [1]). Dagegen ist die Anwendung der Gesetzesanalogie selbst behufs der Vervielfältigung der Straffälle im sächs. (Art. 1.), braunschw. (§. 4) und thüring. (Art. 1) GB. anerkannt, daher denn hier die anderweitige Benützung derselben (auch der Rechtsanalogie) zur Ausfüllung von Lücken um so weniger einem Zweifel unterliegen kann [2]). Uebrigens wurden bei den Verhandlungen über diese Gesetzgebungen nicht nur etwa in ständischen Versammlungen, sondern auch in Ministerräthen so seltsam verschiedene Ansichten zu Tage gefördert [3]), daß man sich nicht verwundern darf, wenn auch manche Schriftsteller die Bestimmungen der neuen Strafgesetzbücher zum Theil ganz schief auffassen [4]). Am richtigsten und vollständigsten spricht sich das Wirtemb. Gb. (Art. 1. j. Endresolution hiezu) [5]) über die Frage aus, indem hier einerseits behufs der Vervielfältigung der Straffälle, sowie der Ausdehnung von strafschärfenden Bestimmungen Gesetzes- und Rechtsanalogie untersagt, dagegen behufs der Ergänzung anderweitiger Lücken wenigstens die erstere ausdrücklich als zulässig erkannt wird. Uebrigens stimmen die neueren Gesetzgebungen auch hinsichtlich des Umfangs, den sie den betr. Vorschriften über Auslegung und Analogie geben, keineswegs überein. Nach dem östreich., sächsischen, wirtemb., braunschw., thüringischen [6]) GB. z. B. beziehen sie sich bloß auf das vorliegende Strafgb., präjudiziren also andern daneben bestehenden oder künftig zu erlassenden Militär-, Polizei-, Finanz-, Forst-, Disziplinarstrafgesetzen nicht [7]). Allgemeiner dagegen lauten die Bestimmungen im hannövr., hess., bad. und preuß. [8]) Gb., aber gleichfalls nicht gleichförmig, da sie bald unbestimmter, bald bestimmter sprechen, aber auch im letztern Fall bald einen größeren, bald einen geringeren Theil des gesammten strafrechtlichen Gebiets umfassen, so daß auch hier wieder bezüglich der Militärstrafgesetze, resp. dieser oder jener Klasse anderweitiger Strafgesetze nach besonderen Bestimmungen gefahndet werden muß [9]).

---

1) Ausdrücklich anerkannt wird dies von Breidenbach a. a. O. u. Leonhardt I. 77—79. (vgl. die hier angef. Artikel in v. Bothmer Erörter.), namentlich in Bez. auf analog. Ausdehnung von Strafschärfungsgründen. Beseler S. 68 u. Goldtammer I. 55. 56. übergehen die Frage; ebenso Freudentheil N. Arch. 1838. S. 103. 104. s. dag. auch Arnold eb. 1843. S. 100—102.

2) Krug S. 247. 248. Weiß S. 36—44, (der übrigens eine seltsame Unterscheidung zwischen Ges. u. Rechtsanalogie macht). Braunschw. Motive zu §. 4. s. auch sächs. Entw. Art. 1. u. Motive.

3) s. bes. Breidenbach I. 1. S. 179 ff. Leonhardt I. 73—79. Bad. Vhdl. d. II. Kamm. Prot. H. V. S. 68 ff. Mittermaier im N. Arch. 1838. S. 1—5.

4) so namentlich Luden I. 151. 152. Note. s. dag. Wächter im N. Arch. 1844. S. 550. 551. n. 25. Krug §. 21. v. Hartitzsch d. sächs. Krim.GB. S. 4 ff. Häberlin I. 13. Weiß a. a. O. Schüler Beiträge S. 10. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 161. 162.

5) vgl. die Motive Einl. §. 3. Hufnagel I. 3—5. III. 3—5. Straf-GB. m. Anm. S. 484. Wächter im N. Arch. 1844. S. 547—558.

6) A. M. hinsichtlich des Wirt. GBs war Hufnagel I. 5; er hat aber III. 22—24 dieselbe zurückgenommen, wornach auch Breidenbach I. 1. S. 215. n. 1 zu berichtigen ist.

7) s. jedoch die Braunschw. Mot. (b. Breym. S. 162), wornach dieselbe Bestimmung auch in Spezialstrafgesetze aufgenommen ist. — Daß namentlich bei Polizeistrafgesetzen die ratio legis für Ausschließung der Analogie in verstärktem Maße Platz greift, braucht kaum besonders gesagt zu werden.

8) vgl. Einführ. Ges. §. II. VIII.

9) vgl. besond. Breidenbach I. 1. S. 215. Beseler S. 595—602.

B) Die Grenzen der ſtrafrechtlichen Wirkſamkeit des Staats.

§. 26.

Diejenigen ſittlichen Organismen, welche zwar den Boden des äußern Daſeins betreten und inſoweit den Typus des Rechts annehmen, gleichwohl aber ihr eigenthümliches Lebensprinzip außerhalb dieſer Sphäre haben, — Familie, Kirche, Schule, — bleiben eben um dieſes verſchiedenen Prinzips willen Organe einer weſentlich vom Rechtsleben verſchiedenen ſittlichen Macht und haben inſoweit das Recht, innerhalb ihrer eigenthümlichen Sphäre, wo es der Reaktion gegen das Unſittliche gilt, vom Staate nicht beirrt zu werden, ſolang ſie ſich keinen Uebergriff in ſein Gebiet erlauben. Sie haben es nämlich innerhalb ihrer Sphäre niemals mit dem Verbrechen als ſolchem zu thun, welches ſpezifiſch dem Staate angehört. Theils giebt es Unſittlichkeiten, die von Haus aus keine Rechtsverletzungen ſind; theils können wirkliche Rechtsverletzungen zugleich von einem andern ſittlichen Standpunkte aus aufgefaßt und Gegenſtand einer Reaktion andrer Art werden; theils endlich ſetzt das Verbrechen als prinzipielle Verletzung des Rechts als ſolchen einen Verletzer voraus, der überhaupt ſchon als in den Kreis der bürgerlichen Geſellſchaft eingetreten und mit den Grundgeſetzen ihres Beſtehens bekannt gelten kann. Nach allen dieſen Beziehungen hin hat nun der Staat die Reaktion andrer ſittlichen Mächte anzuerkennen, wobei übrigens für dieſe eine ſtufenweiſe Beſchränkung des ſtrafbaren Gebiets ſich ergiebt. 1) Soll ein Individuum ein Verbrechen als ſolches begehen können, ſo muß es auf derjenigen Stufe der Entwicklung angekommen ſein, auf welcher das Bewußtſein entſteht, daß das objektiv Sittliche überhaupt in einem Kreiſe von objektiven Inſtitutionen und Geſetzen ſich fixirt habe, daß hiemit eine Entgegenſetzung dagegen nicht bloß einen beſchränkten ſubjektiven Pflichtenkreis, ſondern einen Kreis objektiver, d. h. nöthigenfalls mit Zwang zu verwirklichender Verbindlichkeiten verletze. Dieſes Bewußtſein entſteht jedoch ſolange nicht, als der Menſch noch innerhalb der nicht auf dem Prinzip des Rechts, ſondern auf dem moraliſchen ruhenden Welt der Familie ſein ſittliches Centrum hat. Mit Recht macht daher das poſitive Geſetz den Menſchen erſt von einem beſtimmten Entwicklungsſtadium an kriminaliſtiſch verantwortlich, wobei der Zeitpunkt gewählt wird, wo zugleich dem Laufe der natürlichen Entwicklung gemäß überhaupt erſt die volle Möglichkeit der freien, gegen innere und äußere Naturreize unabhängigen Selbſtbeſtimmung eintritt. Bis zu dieſem Zeitpunkte hin hat daher der Staat den Menſchen der häuslichen Zucht ganz und gar, ſelbſt bei Unſittlichkeiten, die thatſächlich als Rechtsverletzungen hervortreten, zu überlaſſen

und mit seiner vormundschaftlichen Polizeigewalt nur da einzutreten, wo es an einer häuslichen Zucht fehlt, oder eine notorisch unfähige vorliegt. Solchen Falls darf aber der Staat natürlich eben nur als Vertreter der Familie, d. h. als Erzieher wirksam werden, dem die Grundsätze der pädagogischen Moral zur Richtschnur dienen. 2) Die Schule kann dagegen schon nie mehr als das sittliche Centrum des Menschen gelten. Sie befreit ihn aus dem engen Kreise des Hauses und bildet ihn zum Sohne der bürgerlichen Gesellschaft heran. Sie ist daher nicht bloß intellektuelle, sondern auch moralische Bildnerin (Erzieherin), so zwar, daß sie in letzterer Beziehung gerade das ersetzt, was die Familie nicht leisten kann. Allein theils ist der pädagogische Beruf der Schule stets eben nur ein ergänzender und auf bestimmte Zwecke eingeschränkter, theils tritt eben während der Schulangehörigkeit der Zeitpunkt ein, wo der Mensch anfängt, dem Staate selbst kriminalistisch verantwortlich zu werden. So ist denn die Disziplinargewalt der Schule jedenfalls bei Weitem beschränkter, als die der Familie. Abgesehen von denjenigen Vergehen, welche vor begonnener kriminalistischer Verantwortlichkeit begangen sind oder nachher wegen des mangelnden Verständnisses noch als Ausnahmen von der Regel gelten müssen, wobei denn aber jedenfalls die Schulzucht nur neben oder statt der häuslichen zur Wirksamkeit gelangen kann, reduzirt sich die Disziplinargewalt der Schule eben nur auf den Kreis der ihr eigenthümlichen Zwecke, welchen sie nicht überschreiten, innerhalb dessen sie aber auch vom Staat — unbeschadet seines Aufsichtsrechts — in ihrer aus ihrer intellektuellen und moralischen Aufgabe sich entwickelnden Reaktionsweise gegen das Unsittliche nicht gehindert werden darf. Während nun die Familie und die Schule es nur mit dem erziehungsbedürftigen Menschen überhaupt oder in einem auf gewisse bestimmten Zwecke beschränkten Kreise zu thun haben, so tritt 3) die Kirche auch an den der Familien- und Schulzucht entwachsenen Menschen mit eigenthümlichen Ansprüchen heran. Theils haben nämlich die wirklichen Verbrechen als Arten des Unsittlichen überhaupt neben ihrem Rechtstypus noch andre subjektivsittliche Beziehungen, theils giebt es unsittliche Handlungen, die nicht unter die Kategorie des Verbrechens fallen. Von diesen ist nun zwar eine ganze Klasse gleichfalls wieder einer spezifischen Staatsthätigkeit, der Sittenpolizei zur Verhütung, resp. Wiederaufhebung zu vindiziren, diejenigen nämlich, welche nach Form oder Wesen oder nach beiden Beziehungen zugleich aus dem Kreise des Einzellebens heraustreten und in das Gebiet der Oeffentlichkeit übergehen. Außerdem aber, sowie hinsichtlich der subjektivsittlichen Beziehungen des Verbrecherischen hat die Disziplin der das Subjekt als solches in seiner Innerlichkeit ergreifenden sittlichen

Macht, der Kirche, einzutreten das Recht, wobei jedoch wiederum der Staat gegen jede Grenzüberschreitung auf der Hut sein muß. — In einem ähnlichen, wenn auch auf weit beschränktere Weise, die Subjektivität mitergreifenden Verhältnisse steht endlich auch der Staat selbst zu seinen Beamten, sofern er vermöge der Natur des Staatsamts [1]) das Recht hat, von dem Beamten zu fordern, daß er die Staatszwecke ganz zu den seinigen mache und keine dem Wesen des Amts widersprechende Gesinnung offenbare, woraus das Recht für den Staat hervorgeht, eine Disziplin für seine Beamten auszuüben und sie wegen solcher an die Oeffentlichkeit tretenden Aeußerungen ihrer Subjektivität, welche sie als intellektuell oder moralisch untauglich zu den amtlichen Geschäften zeigen, sowie wegen Amtsmißbrauchs oder gemeiner Verbrechen des Dienstes zu entlassen. N. Rev. §. 179. 195. 196.

1) Daß der Staat jugendliche Delinquenten bis zu einer gewissen Altersstufe ganz der Familie, bis zu einer weiteren dieser und der Schule relativ zur korrektiven Behandlung überlassen muß, folgt aus der Einsicht, daß der Staat als spezifischer Vertreter der Rechtsidee zwar alle sittlichen Mächte, soweit sie den Boden des äußern Daseins beschreiten, unter seine Oberherrschaft nehmen, dieselben aber insoweit selbständig gewähren lassen muß, als sie das Prinzip ihrer Aufgabe außerhalb des Rechtsbegriffs haben. Beides ist aber bei der Familie und Schule der Fall, soweit sie in größerem oder geringerem Umfang bloße Erziehungsanstalten sind [2]). — Das positive Recht gewährt hier bis zum 19 Jh. geringe Ausbeute. Am wenigsten Sinn hat die Berufung auf das judicium domesticum der Römer [3]). Dasselbe war ein rein auf dem Wesen der antiken Republik beruhendes Institut. Frau, Kinder und Sklaven erscheinen nur als Accidenzen an der Substanz der Persönlichkeit des Bürgers, der sie dem Staate gegenüber vertrat, aber eben deshalb ihnen gegenüber monarchische Vollgewalt übte [4]), wenn auch relativ durch ein consilium von Agnaten ꝛc. modifizirt [5]). Auch das neueste römische Recht ist

1) vgl. meinen Art.: Staatsdienst u. Staatsdiener in der „Gegenwart" Bd. I. 231 ff. Hefftter im N. Arch. XIII. 48 ff. 155 ff. Pfeiffer Prakt. Ausführungen III. 352 ff. u. überh. meinen Art. in der Deutsch. Vierteljahrsschr. 1853. Apr. — Juni. S. 103 ff.

2) s. das Nähere Vierteljahrsschr. S. 105—107.

3) Unrichtig ist daher die Auffassung von Abegg in Demmes Annal. II. 7. 8. vgl. übr. desselben Comm. de antiqu. Rom. j. crim. §. 33 sq. Klenze in d. Zeitschr. f. gesch. RW. VI. 1 ff. Geib Gesch. d. röm. Krim.proz. S. 82—96. 228—233. 452—462 nebst meiner Rezens. in d. Jahrb. der Gegenw. 1843. nr. 9. 11. 48. s. auch Cuj. Obs. VI. 17. Gothofr. ad l. 2. C. Th. de lib. causa. Bynkershoek de j. occid. lib. c. 4. 5.

4) Serv. in Virg. Aen. XI. 143. Gell. V, 19. j. Cic. de finib. I, 7. l. 11 D. de lib. et post. (28. 2). l. 3. 10. C. de patr. potest. (8. 47). l. 5. D. de l. Pomp. (48. 9). l. 2. D. ad. l. Corn. de sic. (48. 8). l. un. C. de his qui par. v. lib. (9. 17.) §. 6. J. de publ. jud. (IV. 18). l. un. C. de emend. proprinqu. (9. 15).

5) Klenze a. a. O. Abegg. Comm. l. c. K. Wächter üb. die Ehescheidungen b. d. Römern. S. 104. 105. Hasse GüterR. d. Ehegatten. S. 173 ff. Geib S. 90—96.

aber für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. Denn die spezifische Idee der Familie als eines sittlichen Organismus liegt in ihm so wenig, als in dem der Republik [1]). — Ebensowenig hat es Sinn, für die vorliegende Frage auf das altdeutsche Mundium zurückzugehen. Aus andern Gründen [2]), als das römische, kannte nämlich auch das altdeutsche Recht eine sehr ausgedehnte Strafgewalt — nicht bloß des Hausvaters, sondern überhaupt derjenigen Personen, welchen die Rechte und Pflichten des Mundiums zustanden [3]). Allein eben infolge der ganz andern Begründung sind mit dem wachsenden Erstarken der Staatsgewalt diese vormundschaftlichen Rechte theils untergegangen, theils auf Gebiete beschränkt worden, wo sie nicht mehr als Schranken der Thätigkeit nothwendiger Staatshoheitsrechte erscheinen [4]). Namentlich war dies auch mit den in den Kreis der Familie gehörigen Arten des Mundiums der Fall, wobei noch besonders zu bemerken ist, daß in diesem Kreise von Anfang an, wo die Familie mit ihrer Friedensbürgschaft noch den Staat zu ersetzen hatte, eben nur sie selbst als dieses höhere Ganze das wahre Subjekt der Rechte und Pflichten war [5]), ebenso aber später an die Stelle des auf der alten Grundlage ruhenden väterlichen Mundiums ein elterliches, d. h. von dem allmälig geläuterten Begriff der Familie getragenes Recht sich gesetzt hat [6]). Daher war denn auch erst das germanische Recht der Boden, auf welchem sich eine begriffsmäßige Scheidung zwischen den Kompetenzen des Staats und der Familie vollziehen konnte [7]). Natürlich tritt indessen in den Rechtsaufzeichnungen der älteren und mittleren Zeit [8]) das betreffende Recht der Familie als ein in der Sitte gegebenes gewöhnlich nur in gelegentlichen Aeußerungen hervor [9]). Die Art und Weise der Bestimmungen aber, in welchen im MA. stellvertretend für die häusliche Zucht ein Züchtigungsrecht der Lehrherrn, ja dritter Personen anerkannt wird, zeugt von ziemlicher Rohheit der Ausübung, wenn auch nicht der Auffassung [10]). Die P.G.O. geht auf die Sache nicht direkt ein, sondern setzt nur den Anfangspunkt der kriminalistischen Verantwortlichkeit dem

---

1) s. meine Rez. in d. Jahrb. d. Gegenw. a. a. O. vgl. Gerber D. Priv.R. §. 222. §. 240. n. 2. Vierteljahrsschr. S. 107.

2) A. M. Geib a. a. O. S. 82. s. dag. Vierteljahrsschr. S. 108.

3) vgl. Wilda S. 704. 705. 799 ff. Kraut Vormundschaft I. 286 ff. II. 602 ff.

4) s. Gerber a. a. O. §. 221. 243.

5) Tac. Germ. c. 19. vgl. Caesar de B. Gall. VI. 19. Ed. Roth. c. 189. 222. L. Burg. XXXV. §. 1—3. Eichhorn RG. I. §. 53.

6) Selbst jenes alte Mundium ruhte auf einer sittlicheren Grundlage, als die römische väterliche Gewalt. Gerber §. 240. n. 2. §. 242. n. 1. j. §. 222. Zöpfl RG. II. 2. §. 83. Göschen Gosl. Stat. S. 244—290. Kraut Grundr. §. 222. KaiserR. II. 4. Augsb. St. 1276. (Walch IV. 228.)

7) Besonders kurz ist hier die Aufführung von Abegg a. a. O. S. 9. 10.

8) Das Hauptinteresse ist stets die Bestimmung des Zeitpunkts, von wo an das Kind der verletzten Familie, resp. der Gemeinde oder dem König verantwortlich werden soll. s. Stellen bei Wilda S. 640—644.

9) Graugans Vigsl. c. 32. II. p. 63. (W. S. 641). Jüt. Low. 2, 82. vgl. Tac. c. 13. Grimm RA. S. 450. 455—462. Bes. Nibel. Lied. 805. 837. Leg. Wall. II. 20. c. 25. Schwäb. LR. 357. s. aber bes. KaiserR. II. 6.

10) Sächs. LR. II. 65. Gosl. Stat. (Göschen) 42, 4—7. 48, 25—30. Schwäb. LR. 185. 247. vgl. Augsb. St. 1276 (b. Freyb. S. 84). Saalfeld. St. Art. 169 (Walch I. 55).

römiſchen Recht gemäß früher und in ſtrengerem Geiſte an [1]), hierin mit gleichzeitigen, über den verdorbenen Geiſt der Jugend klagenden Schriftſtellern [2]) übereinſtimmend. Auf dieſem Standpunkte bewegte ſich nun längere Zeit eine nicht nur in der Art der kriminellen Beſtrafung und der Leichtigkeit der Annahme der doli capacitas [3]), ſondern auch darin rohe Praxis, daß zwar bei infantes und infantiae proximi als Regel die Ueberlaſſung zur häuslichen Zucht (mit virgis et verberibus) angenommen, gleichwohl aber ſelbſt bei infantes dem Richter geſtattet wurde, bei „einiger doli capacitas“ Ruthenſtreiche als öffentliche Strafe anzuordnen [4]). Ein wenig erheblicher Fortſchritt war es, wenn eine ſpätere Praxis den Grundſatz befolgte, daß ſchwerere Vergehen jugendlicher Uebertreter öffentlich zu ſtrafen, geringere dagegen der häuslichen und Schulzucht zu überlaſſen ſeien. Indeſſen bot ſie eben um ihrer Vagheit [5]) willen den Uebergang zur Anbahnung prinzipieller Verbeſſerungen durch die Geſetzgebung. Das preuß. A. LR. II. 20. §. 17 gieng zwar vom Standpunkt des philantropiſchen Polizeiſtaats aus noch über Karpzov hinaus und ſetzte den Staat mit ſeiner Strafgerechtigkeit geradezu an die Stelle der Familie [6]). Das öſtreich. GB. dagegen (I. §. 2. d. II. §. 4. 29. 32) läßt bis zum 10ten Jahr den Staat ganz aus dem Spiel, und überläßt bis zum 14ten Jahr alle ſchweren Polizeiübertretungen der häuslichen Zucht, — das erſte Zeugniß fortgeſchrittener Humanität, welchem das bair. StrafGB. (Art. 98. nr. 1. Art. 102. 120. nr. 1. vgl. Anm. I. S. 240.) ſich anſchloß [7]), jedoch vorbehaltlich der Aufſicht und Mitwirkung der Obrigkeit [8]). Beſonders ſprach der Code pénal in dieſer Frage ganz das Richtige aus (art. 66); wobei nur ſehr zu vermiſſen iſt, daß nicht ein Zeitpunkt feſtgeſetzt wird, bis zu welchem abſolut die ſtrafrichterliche Thätigkeit ausgeſchloſſen wäre [9]). Von den neuen deutſchen Geſetzgebungen hat ſich die preußiſche ganz an den Code art. 66 angeſchloſſen [10]). Alle übrigen dagegen nehmen einen ſolchen

---

1) Art. 164. 179. vgl. z. B. Sächſ. LR. II. 66. §. 1. Freiburg. Stadtrechtsbrief 1120. §. 57. ſ. dag. auch Schwäb. LR. 177 (vgl. 232).

2) vgl. z. B. Damhouder cap. 84. (nicht 86, wie bei Abegg) §. 1—5. Hipp. d. Mars. z. l. 12. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Tengler Laienſp. I. nr. 10.

3) Böhmer ad Carpz. qu. 143. n. 8 erwähnt einige abweichende Lokalrechte.

4) Damhouder l. c. Carpzov. Pract. qu. 143. n. 19—21. 30. vgl. n. 35 sq. Richter P. I. dec. I. N. XXVI. Leyser Med. ad Pand. Sp. 532. med. 1—3. Kress ad CCC. art. 164. n. 2. 4. 5. ad art. 179. §. 2. not. 3. Ueber Carpzov iſt Abegg ſehr ungenau (S. 13—15). ſ. auch die Const. Theres. art. 11. §. 6.

5) Quiſtorp I. §. 50. 51, den Abegg beſonders lobt, iſt in der That noch um nichts über Carpzov hinaus, da er noch unter 7 Jahren öffentliche Strafe als vollziehbar aufführt. Erſt Kleinſchrod I. §. 80—88. II. §. 59. III. §. 19 verwirft dies geradezu und verlangt für infantes abſolut, für Unmündige fakultativ die Ueberlaſſung an die Zucht der Familie od. Schule. ſ. übr. noch über die rohe Praxis des v. Jh. Beiſp. bei Meiſter Erk. u. Gutachten I. Dec. 6. Klein Annal. VII. 37. 59. 191. XII. 90. XIII. 176. XIV. 19.

6) vgl. die theilweiſe gezwungenen ſpäteren Reſcripte bei Mannkopf. S. 10—12.

7) Jenull I. 140 ff. Hye S. 174—177. (ſ. jetzt §. 2. 237. 269. 273).

8) Die angef. Stellen ſprechen übrigens ſo klar, daß kaum zu begreifen iſt, wie Mittermaier N. Arch. 1841. S. 160 ſagen kann, man wiſſe nicht, was man mit bair. Kindern unter 8 Jahren anfangen ſolle.

9) Rossi Traité II. p. 156. Hélie Théorie II. p. 150—170.

10) §. 42. vgl. den Entw. v. 1847. §. 51. 52. Beſeler S. 190—194 und die dort ang. legislat. Verhandl.

absoluten Zeitpunkt an, vor welchem keine kriminelle Behandlung eintreten kann [1]). Dabei sprechen mehrere derselben für diese erste Altersperiode die Berechtigung der häuslichen oder Schulzucht ausdrücklich aus [2]), jedoch in der Regel unter Vorbehalt polizeilicher, aus der Obervormundschaft des Staats fließender Maßregeln. Auch hierin ist jedoch keine Gleichförmigkeit. So will z. B. das sächs. GB. daß der Richter die körperliche Züchtigung durch die Eltern oder andre Personen anordne. Hierin liegt jedoch ein innerer Widerspruch, wenn man die Sache wörtlich nimmt [3]). Der Richter hat vielmehr nur eben auszusprechen, daß hier kein Fall für seine Thätigkeit vorliege und hievon der Polizeibehörde Mittheilung zu machen [4]), welche nun ihrerseits zu erwägen hat, ob der Fall der unter den konkreten Umständen begründeten häuslichen Erziehungsgewalt anvertraut werden darf oder ein obervormundschaftliches Einschreiten begründet ist [5]). Was aber letzteres betrifft, so gehören Besserungsstrafhäuser, wie sie der Code a. a. O. wenigstens in Aussicht gestellt und mehr als Eine deutsche Gesetzgebung zu verwirklichen angefangen hat, mindestens mit ihrem Schwerpunkte noch nicht hieher, wogegen es als eine dringende Verbindlichkeit des Staats erscheint, der Beförderung der sog. Rettungshäuser, welche nach bloß pädagogischen, moralisch-religiösen Grundsätzen zu verfahren berufen sind, allen möglichen Vorschub zu thun [6]).

2) In Beziehung auf die Schule ist wiederum vor Allem ihre wesentliche Eigenschaft als Bildungs- und Erziehungsanstalt in's Auge zu fassen, vermöge welcher sie, wie die Familie, die ihr zustehende Disziplin jedenfalls nach ganz andern Grundsätzen auszuüben hat, als welche der Verwaltung der Strafgerechtigkeit des Staats zu Grunde liegen [7]). Allein auch in jener Beziehung umfaßt die Schule keineswegs mehr den gesammten Menschen, sondern beschränkt sich auf bestimmte Zwecke, über welche hinaus sie ihre Disziplinargewalt nicht auf

---

1) Das 10te Jahr in Wirtemb. Art. 95., das 12te in Sachsen, Art. 66, Hessen Art. 37, Hannover Art. 83, Baden §. 78, Thüring. Art. 61, bair. Entw. Art. 67, das 14te in Braunschweig.

2) Nichts davon sagen das Wirt. und Hannövr. GB., welche die Familie ignoriren und sogleich auf die polizeiliche Diszipl. und Sicherungsgewalt rekurriren. vgl. Hufnagel I. 201. Hannövr. Ges. 27. Juni 1838. §. 3. Leonhardt I. 357. Breidenbach I. 1. S. 490 n. 2.

3) vgl. jedoch VOen 26. März und 11. Juli 1839 und Weiß S. 287. 288. Dadurch erledigt sich zum Theil, was gegen die sächs. Bestimmung Breidenbach a. a. O. u. Mittermaier N. Arch. 1841. S. 163. 164 bemerken. A. M. Abegg Krit. S. 34. vgl. auch Wirtemb. Polizeistr Gb. Art. 21, und treffend das rev. Oestr. Gb. §. 273. Auch der neue sächs. Entw. Art. 85 überläßt die Anwendung dem Richter. s. Abegg Beitr. z. Beurtheilung ꝛc. S. 42. 43.

4) Dies fehlt auch im Code p. und dem ihm nachgebildeten §. 42 d. preuß. GBs. vgl. holländ. Ges. bei Mittermaier a. a. O. S. 161. Auch das ist nicht zu billigen, wenn es dem Gericht anheimgestellt wird, die Sache an die Polizeibehörde zu überweisen, wie nach den bad. Vhdl. H. V. 198—201. Gb. §. 78.

5) s. bes. Hess. Gb. Art. 37. Breidenbach I. 1. S. 492 u. Braunschw. Ges. 10. Jul. 1840 (bei Breym. S. 123—126). Thüring. GB. Art. 61 u. bair. Entw. Art. 57.

6) Schätzenswerthe Data hierüber s. bei Mittermaier N. Arch. 1841. S. 160—185.

7) Indem gerade dieses Prinzip von Hohbach Beitr. z. Strafr. S. 152 ff. gänzlich verkannt wird, so sinkt bei ihm der ganze Unterschied zu einem bloß quantitativen herab, wodurch er alles Interesse verlieren würde, wenn nicht der Verf. glücklicher Weise inkonsequent wäre. s. z. B. S. 171. 175—177.

Kosten der häuslichen Zucht, welche sie nur im Nothfall ergänzen kann, oder der Strafgerechtigkeit des Staats, welcher sie nachstehen muß, ausdehnen darf. Das Recht und die Pflicht der Ergänzung der häuslichen Zucht kann der Schule entweder durch Privatübereinkunft übertragen sein (bei eigentlichen Erziehungsanstalten) [1]), oder es kann ihr in bestimmten Beziehungen vom Staate vermöge seiner obervormundschaftlichen Polizeigewalt eigens beigelegt werden [2]); in beiden Fällen tritt dann die Schule eben nur an die Stelle der Familie. — Außerdem aber kann sich die Schulzucht nur auf solche Vergehen beschränken, die gerade die eigenthümliche Lebensordnung der Schule zum Objekt haben [3]). Wo nun übrigens solche Schulvergehen mit Vergehen gegen die Staatsgesetze konkurriren, da ist nicht abzusehen, warum die Schuldisziplin nicht neben der Strafgewalt des Staats soll wirksam werden können und dürfen [4]). Ebensowenig Grund hat aber die Behauptung [5]), daß durch eine wegen eines öffentlichen Vergehens erkannte peinliche oder Polizeistrafe die Schuldisziplinargewalt paralysirt werde, da sie vielmehr gerade in solchen Fällen ganz besonders zur Thätigkeit aufgerufen erscheinen kann [6]).

3) Die katholische Kirche hat ihre frühere umfangreiche Strafgewalt, wenigstens soweit es sich um Verhängung von poenae vindicativae handelt, aufgegeben [7]), und zwar unbedingt bei den ehemals sog. gemischten Verbrechen [8]), bei den rein kirchlichen Verbrechen (Ketzerei, Schisma, Apostasie, Simonie [9]) wenigstens insofern, als die ehmals mit der kirchlichen Censur verbundenen weltlichen Strafen hinwegfallen und die Kirche sich bloß auf die Verhängung der damit verknüpften kirchlichen Nachtheile beschränkt [10]). Daß die Kirche im übrigen unabhängig von der weltlichen Bestrafung bei Verbrechen, wo sie es geeignet findet, aus dem Gesichtspunkte der Zucht durch geistliche Mittel auf ihr schuldiges Mitglied ein-

---

1) Hohbach a. a. O. S. 166 n. 10.

2) was mit der Delegation einer wirklichen peinlichen (wie in dem wirt. Ges. über Baumverderber vom 23. Juni 1808. Hufnagel I. S. 201) oder polizeilichen Strafgewalt (wie sie häufig bei höhern Lehranstalten vorkommt) nicht zu verwechseln ist. s. dag. hess. GV. Art. 37.

3) s. hierüber die ganz richtige Ausführung bei Hohbach a. a. O. S. 164—168. Doch ist es wohl nicht gegründet, wenn derselbe die Delegation einer gewissen Polizeistrafgewalt von Seiten des Staats bloß an die Volksschule, nicht aber auch an die Gelehrtenschulen zulassen will. vgl. Wirt. Univers. Stat. 1831. §. 3. 6. 9. 11.

4) A. M. Hohbach S. 168—171. bei dem sich übrigens gerade hier der Mangel der bloß quantitativen Auffassung des Verhältnisses durch eine Reihe von Inkonsequenzen rächt.

5) Hohbach S. 176, der dann freilich wieder „vorbeugende Maßregeln und Besserungsversuche" zuläßt; vgl. S. 175 u. 171, wo selbst von gänzlicher Ausschließung die Rede ist.

6) Wächter Straforten und Strafanstalten Wirtemb. S. 33. Mayer Strafverfahren der Adm.behörden in Wirtemb. §. 24. n. 4.

7) Permaneder K.R. II. §. 580. 585. Richter KR. §. 204.

8) Richter KR. §. 207.

9) Andere stellen freilich die Simonie unter die del. mixta. s. Eichhorn KR. II. 127. Hefftter Lb. §. 426. vgl. jed. §. 529 b. n. 3. s. dag. van Espen J. E. U. II. Tit. 30. §. 34. Morstadt Ausg. v. Feuerb. S. 295 i. d. Note.

10) Permaneder §. 581. 582. 585. Mehr haben auch (mit Ausn. der Verweigerung des kirchl. Begräbnisses) die östr. Bischöffe im Jahr 1849 nicht verlangt. s. Aktenst. betr. d. Versamml. d. Bischöfe ꝛc. Wien 1850. S. 45 u. K. VO. 18. April 1850 §. 3. Der Josephinismus u. d. K. VO. 18. April. Wien 1851. S. 74.

zuwirken ſucht, iſt ganz in der Ordnung [1]). Hinſichtlich der in der katholiſchen Kirche hergebrachten Cenſuren aber iſt — ganz abgeſehen von der noch immer feſtgehaltenen Strafe der Verweigerung des kirchlichen Begräbniſſes [2]), — der Staat ſehr auf der Hut zu ſein verpflichtet, daß nicht bei dem Geiſte der Aeußerlichkeit, der nun einmal dieſe Kirchenlehre beherrſcht, auch künftig wieder direkte oder indirekte Verſuche des Uebergriffs in ſein Gebiet an die Tagesordnung kommen. — Die proteſtantiſche Kirche hat (einige unzulängliche moderne Verſuche der polizeilichen Wiederbelebung der Kirchenzucht in unteren Sphären abgerechnet [3]), die anfänglich der katholiſchen abgeborgte Strafgewalt bald faſt ganz fallen laſſen [4]), zugleich aber mit ſolcher Demuth ſich unter das Joch des Polizeiſtaats geſchmiegt, daß ſie es zu ihrem eigenen Nachtheile unterließ, nach Analogie der katholiſchen Cenſuren ein ihren Glaubensartikeln entſprechendes [5]), die Innerlichkeit ergreifendes, Zuchtſyſtem zu ſchaffen. — Schwieriger iſt die Frage über das Maß der kirchlichen Strafgewalt gegenüber den Geiſtlichen. Die katholiſche Kirche hat eine ſolche in ausgedehntem Maße aus alten Zeiten hergebracht [6]). Zwar iſt jetzt faſt überall anerkannt, daß Geiſtliche hinſichtlich ihrer bürgerlichen Verbrechen dem weltlichen Gerichte unterworfen ſeien, die Kirche mithin hier auf Suspenſion nnd Degradation beſchränkt bleibe [7]); dadurch iſt jedoch das Recht der Kirche zu disziplinariſchen Maßregeln gegen das fragliche Individuum nicht ausgeſchloſſen [8]). Umſomehr behauptet ſie jedoch ihre Kompetenz hinſichtlich der delicta ecclesiastica, ſowie der Amts- und Standesvergehen ihrer Geiſtlichen [9]). Man ſtützt dies Strafrecht, das als bloßes Disziplinarſtrafrecht bezeichnet wird, auf ein natürliches Recht jeder Geſellſchaft [10]); auch hat das Disziplinarſtrafrecht

1) Richter K.R. §. 207. Permaneder §. 578. 1. Zweifelhafter iſt die Einräumung einer eigentlichen, wenn auch unbedeutenden, polizeilichen Strafbefugniß an die wirtemb. Kirchenkonvente und die bad. Kirchen- nnd Schulſynoden; vgl. damit die heſſ. Einrichtungen bei Longner Rechtsverh. d. Biſch. d. oberrh. Kirchenprov. S. 358. 401—408.

2) Aktenſtücke betr. die Verf. d. Biſch. in Wien. S. 45. 46. Permaneder KR. II. §. 692. 693. vgl. Richter KR. §. 278. Eichhorn KR. II. 121. n. 21. S. 557 ff.

3) ſ. z. B. Wirtemb. Verw. Ed. §. 22. Amtsvorſchrift für die evang. Kirchenkonvente 29. Okt. 1834. vgl. Richter KR. §. 214. not. 3. 6. 7. 10.

4) Richter KR. §. 215.

5) Puchta d. Recht der Kirche. S. 143 ff. vgl. Matth. XVIII. 1. Kor. V. Ein ſehr problematiſches Beſtreben iſt das heutigen Tags auftauchende, nachträglich den Fehler durch Annäherung an die Weiſe der katholiſchen Kirche gut zu machen. Richter §. 214. N. Reviſ. S. 764.

6) Suspensio, irregularitas, depositio, privatio beneficii, degradatio, Gefängniß, Geldbuße, Verweigerung des Begräbniſſes (neben den Cenſuren). Richter §. 201—204. Permaneder §. 560—562. 583. 584. Renazzi Elem. j. crim. L. II. (Ed. 7. p. 258). Böhmer J. eccl. Prot. V. 37. §. 97 sq.

7) Richter KR. §. 208. n. 5. Permaneder §. 258. 259. 579. Was aber hier (II. S. 178) von den Biſchöffen geſagt wird, iſt ſehr willkührlich. In dieſem Betreff könnte die Moral der kathol. Kirche ſehr viel von der Moral des Sokrates (Plato Criton c. 11 sq.) lernen.

8) van Espen J. E. U. III. 4. §. 1. n. 14. Leyser Spec. 650. n. 47. theilw. A. M. Hefftter N. Arch. XIII. 173—176.

9) Permaneder §. 546. 554. 570. 571. vgl. Eichhorn II. 110—115. 128—131. Richter §. 209.

10) Der Joſephinismus ꝛc. Wien 1851. S. 76. Aktenſtücke S. 45. ſ. Vorr. S. XVII. XXI. ſ. übr. auch Eichhorn KR. I. 37.

der Kirche in den Grenzen, welche ihm die neuere Staatsgesetzgebung gesteckt hat [1]), nichts Bedenkliches. Allein es darf nicht unbemerkt bleiben, daß das von der Kirche in Anspruch genommene Strafrecht [2]) ein jene Grenzen weit übersteigendes und ebenso über das Maß dessen, was man Disziplinarstrafrecht zu nennen pflegt, bedeutend hinausgreifendes ist, was umsomehr Beachtung verdient, da auch der Begriff der geistlichen Standes- und Amtsvergehen eine ungemeine Dehnbarkeit besitzt [3]). Gerade umgekehrt zeigt die protestantische Kirche in dieser Sphäre eine schlechte Resignation, die mit Recht von nüchternen Beurtheilern getadelt wird [4]). Wenn indessen von solchen zwischen eigentlicher Strafgerichtsbarkeit und bloßer Disziplinarstrafgewalt unterschieden und erstere zwar der kath. Kirche auf den Grund des Herkommens zugebilligt, letztere dagegen als das Normalverhältniß aufgestellt wird, so kann hierin keine befriedigende Entscheidung gefunden werden, solang man kein bestimmtes Prinzip für die Grenze des Disziplinarstrafrechts aufzustellen weiß [5]). Vergebens sucht man jedoch hiefür nach einer Analogie in dem positiven Recht über die Dienstvergehen der Staatsdiener, da hier aus andern Gründen die neueren Gesetzgebungen ohne festen Halt sind [6]). Gesetzt aber auch, es ließe sich für die Dienstvergehen eines Staatsdieners eine absolute Grenze zwischen bloßen Administrativdienstverfehlungen und wirklichen Delikten (Justizsachen) einerseits und zwischen bloßen Verwaltungsmaßregeln (Disziplinarstrafen) und wirklichen Strafen andrerseits bestimmt bezeichnen [7]), so ist damit für das eigenthümliche Verhältniß zwischen Kirche und Staat noch nichts gewonnen, da es mehrere Arten von Dienstverfehlungen giebt, bei welchen die Kirche die Verletzung ihrer Ordnung als den wesentlichen Gesichtspunkt behaupten, der Staat aber ein weltlich zu strafendes Vergehen annehmen wird. Schreitet nun hier der Staat gemäß dem anerkannten Grundsatz [8]) seiner Berechtigung in weltlichen Strafsachen vor und erkennt Strafen, die bei Staatsdienern den Amtsverlust als Selbstfolge nach sich ziehen müßten, hier also das Disziplinarverfahren überflüssig machen würden, so wird die katholische Kirche zu dieser sekundären Stellung einer politischen Verwaltungsbehörde sich nie bequemen, vielmehr die Kognition über die Wirkung des Delikts auf die Amtsverhältnisse ihres Dieners sich stets vorbehalten [9]). Solchenfalls ist nun wohl freilich in der

---

1) Das Nähere s. bei Permaneder §. 584. Richter §. 209.

2) s. Permaneder §. 583. j. §. 561. 562 u. 437.

3) s. Permaneder §. 570. 571. j. 549—554. vgl. Oestr. VO. 18. April 1850. §. 4. 5.

4) Eichhorn II. 114. 115. 128—130.

5) In Beziehung auf die Strafen giebt zwar Eichhorn die Dienstentlassung als das Maximum der Disziplinarstrafe an. II. 115. 129. In Beziehung auf die Delikte dagegen überläßt er Alles dem Ermessen.

6) Hefftter im N. Arch. XIII. 48—87. 155—194 und Beitr. z. deutsch. Staatsr. I. 131 ff. J. H. Böhmer Exercit. ad Pand. VI. p. 1 sq. Jd. J. eccl. Prot. V. 31. p. 508 sq. Martin Heidelb. Rechtsgutachten I. 24 ff. Buddeus im Rechtslex. I. 220 ff. Pfeiffer a. a. O. Mittermaier n. 1—8 z. Feuerb. §. 477. Beseler S. 542—550.

7) Unklar hierüber ist namentlich Hefftter im N. Arch. a. a. O. s. bes. S. 62. 75. 76. 171. 177. 178. 193.

8) Permaneder §. 259. 579. Richter §. 208 n. 5.

9) Aktenstücke ꝛc. S. 46. Hefftter im N. Arch. XIII. 173. 176. Zu

Regel zu hoffen, daß die Kirche nicht einen ganz andern Begriff von Sittlichkeit als der Staat haben, und ſomit auch ihrerſeits suspensio, privatio beneficii, depositio oder degradatio ausſprechen werde. Sollte jedoch dieſe Hoffnung täuſchen, ſo wäre der Staat, der ſich keine Verhöhnung gefallen laſſen darf, darauf angewieſen, vermöge höchſter Polizeigewalt der fortdauernden amtlichen Wirkſamkeit der von ihm verdammten Perſon mit allen durch den Zweck gebotenen Mitteln entgegenzutreten [1]). Liegt aber dieſe Anerkennung der ſelbſtändigen Kognition der Kirche über die Amtsverhältniſſe eines Kirchendieners in der begrifflichen Scheidung beider auf relativ verſchiedene ſittliche Prinzipien gegründeten Ordnungen, ſo muß auch der Staat da, wo die Kirchenbehörde wegen eines Amts- oder Standesvergehens einen Kleriker ſuspendirt, entläßt oder bleibend abſetzt, dieſe disziplinariſche Gewalt der Kirche im Prinzip anerkennen und zur Zwangsvollziehung den weltlichen Arm leihen [2]). So gewiß jedoch im vorigen Fall die Kirche ſich ihr ſelbſtändiges Urtheil vorbehält, ſo wenig iſt im letzteren Fall der Staat gehindert, ja er iſt vielmehr verpflichtet [3]), ſeine Hilfsleiſtung von dem Reſultat einer ſelbſtändigen Kognition über den ordnungsmäßigen Vorgang der geiſtlichen Behörde abhängig zu machen, resp. den Rekurs an ſeine Behörden behufs einer Prüfung der Sache in dieſem Sinne zu geſtatten [4]).

C) Ausſchließlichkeit der Rechtspflege des Staats in ſeiner eigenthümlichen Sphäre.

§. 27.

Um ſo gewiſſer aber (§. 21) bleibt innerhalb der ihm eigenthümlichen Sphäre der Staat die zur Reaktion gegen das objektiv Unſittliche, die Verletzung des Rechts als ſolchen allgemein und ausſchließlich berechtigte und verpflichtete Macht; und, was ihm hier ſogar mit Ausſchluß jedes Privatvergleichs zuſteht [5]), das gebührt ihm in der Sphäre des Civilunrechts zum Mindeſten für den Fall, daß die ſtreitenden Parthieen nicht gütlich übereinkommen können. Abgeſehen von dieſem Fall [6]) iſt daher die Selbſthilfe, namentlich die Privatrache widerrechtlich. N. Rev. S. 705—708.

---

dieſem Behuf iſt in Oeſtreich im Jahr 1850 den weltlichen Gerichten die Mittheilung der Akten an den Biſchoff ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden. Aktenſt. S. 57.

1) Heffter im N. Arch. XIII. 194. Eichhorn KR. II. 130. 131. Daſſelbe behält ſich auch die öſtreich. Regierung (im J. 1850) in ſehr höflichen Formen vor. Aktenſt. ꝛc. S. 56.

2) Permaneder §. 578 n. 5. 6, wo die Worte „unter dieſer Vorausſetzung" beſ. zu beachten ſind.

3) Heffter a. a. O. S. 156. vgl. K. K. VO. 18. April 1850. §. 5. f. zwar dag. der Joſephinismus ꝛc. S. 75—78. vgl. aber Gärtner Was haben uns die verſamm. Biſch. gebracht? H. 1. S. 34. 58.

4) vgl. Permaneder KR. §. 67. 68. Warnkönig die katholiſche Frage ꝛc. 1850. S. 22—26 und beſ. die Schrift des Erzbiſch. Affre du prem. appel comme d'abus. 1846. p. 270.

5) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 18—21.

6) nebſt einigen wenigen poſitivrechtlichen Ausnahmen ſ. §. 16. Anm. 1. a. E.

Der behauptete [1]) aprioriſche Streit zwiſchen abſtrakter Erlaubtheit oder Unerlaubtheit [2]) der Selbſthilfe iſt in der That kein prinzipieller, da beide abſtrakte Behauptungen relativ richtig ſind, beiderſeits aber verſchiedene Fragen zuſammengeworfen werden, die vielmehr auseinander gehalten werden müſſen. Daß bei unbeſtrittenem Rechte jeder ſein Recht unmittelbar geltend machen und verwirklichen kann, ſoweit er dabei [3]) nicht in fremde Rechtkreiſe ſtörend eingreift, iſt unbeſtritten. Aber dies iſt eben nicht wahre Selbſthilfe [4]) (eigenmächtiges Umgehen der richterlichen Gewalt, die hier gar keinen Beruf zum Einſchreiten hat); es kann daher das Verbot wahrer Selbhilfe nicht als Ausnahme von jener Regel aufgeſtellt werden [5]). Umgekehrt iſt der Satz ganz richtig, daß alle wahre Selbſthilfe widerrechtlich ſei, wo nicht der Geſichtspunkt der Selbſtvertheidigung eintrete [6]). Aber es iſt unrichtig, wenn man das Kriterium lediglich in das Zureichen oder Nichtzureichen der Staatshilfe ſetzt, da dadurch die Gefahr einer unzuläßigen Erweiterung des Begriffs der Selbſthilfe in das Gebiet der erlaubten Rechtsverfolgung hinein erzeugt wird [7]). Man muß daher wohl unterſcheiden 1) die Fälle erlaubter unmittelbarer Rechtsverfolgung, wozu auch die Entſcheidung von privatrechtlichen Streitigkeiten durch Loos, Vergleich ꝛc. gehört [8]); und 2) die Fälle, wo ein ſtreitiges Rechtsverhältniß vorliegt, deſſen Entſcheidung der Einzelwillkühr nicht mehr ohne ſtörenden Eingriff in einen fremden Rechtskreis möglich iſt und eben deshalb nur der allgemeinen Macht, dem Staate zuſteht [9]). Die Ausnahme zu dieſer Regel bilden dann 3) die Fälle der Selbſtvertheidigung bei nicht bereiter Staatshilfe (§. 28), welche hiernach durchaus nicht mit den unter 1) angef. verwechſelt werden dürfen [10]). — Unbegreiflich iſt aber, wie man ohne dieſe Vorderſätze das Recht der Nothwehr abhandeln mag [11]).

---

1) Puchta Pandekten §. 80 n. b.

2) Benfey im Rhein. Muſeum VII. 1. vgl. Puchta a. a. O. und dagegen Linde in ſ. Zeitſchr. 1828. I. 392 ff. Scheuerlen Civilproz. I. §. 22. und d. Meiſten.

3) in dem Falle, den Puchta n. c. aufführt, handelt es ſich eben von einem ſolchen Verletzen fremden Rechtes nicht. ſ. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 407. n. 10. a. E.

4) vgl. Wächter a. a. O. §. 60. 61. (gegen Lb. des Straf.R. II. S. 52). Gleichwohl hat auch noch die neuere Ausführung (II. S. 403) etwas Unbeſtimmtes, gleich der von Puchta a. a. O.

5) wie von Puchta geſchieht, aber im verdeckten Widerſpruch mit §. 80 a. E.

6) Linde a. a. O., wo freilich kein Beweis geführt iſt. ſ. dag. z. B. Feuerbach §. 186. Grolman §. 24. Abegg §. 453. Henke III. 291. ff. Marezoll S. 249—251.

7) Zwar nimmt Linde in den Begriff der Selbſthilfe das Moment: „gegen den Willen des Gegners" auf; allein dies genügt nicht, um eine Reihe von Fällen auszuſchließen, in denen auch unter dieſer Vorausſetzung eine erlaubte Rechtsverfolgung vorliegt, ohne daß man ſich durch den Staat bevormunden zu laſſen hätte. ſ. z. B. l. 29. §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2) und Wächter W. Pr.R. II. S. 403. n. 2. (vgl. Linde a. a. O. S. 422. 423), und die Fälle der erlaubten Selbſthilfe.

8) R. Rev. S. 707. 708. vgl. auch l. 27. pr. D. de serv. praed. rust. (8. 2). l. 1 C. ut. nem. lic. (2. 17). l. 2 C. ut nemo priv. (2. 16).

9) Als unterſtützende Gründe hiefür ſind auch ſolche anzunehmen, wie ſie von Puchta §. 80 und Wächter §. 61 angeführt werden.

10) Denn ad 3) wird das Recht des Einzelnen ſtets nur ſtellvertretend für den Staat ausgeübt, was ad 1) nicht behauptet werden kann, wenn nicht die unerträglichſten Konſequenzen für die bürgerliche Freiheit ſich ergeben ſollen.

11) Die Juriſten aus der Schule von Kant trifft dieſer Tadel nicht. (vgl. Grol-

§. 28.

Die Ausschließung der Selbsthilfe ist jedoch dadurch bedingt, daß der Staat jedem zu seinem Rechte verhilft. Allein eben hier ergiebt sich eine Antinomie. Einerseits nimmt die rechtsschützende Thätigkeit des Staats in der angef. Weise die Ausschließlichkeit für sich in Anspruch. Andrerseits unterliegt deren praktische Wirksamkeit unvermeidlichen Beschränkungen. Als Rechtspflege nämlich setzt sie die bereits wirklich gewordene Existenz des Unrechts voraus, kann also erst drohendes Unrecht gar nicht treffen [1]). Als Rechtspolizei dagegen sucht sie allerdings auch erst drohendes Unrecht zu verhindern; allein in dieser Richtung muß sie sich dem Grundprinzip der Polizei gemäß auf die allgemeinen und konstanten Möglichkeiten des Unrechts beschränken, und kann und darf sich nicht die Aufgabe stellen, jedem Einzelnen in jedem Augenblick schützend zur Seite zu stehen. Es *muß* daher Fälle geben, in welchen der Einzelne vom Schutz des Staats verlassen ist. Müßte nun aber das mit dem Verluste eines Rechts bedrohte Individuum diesen Verlust ruhig hinnehmen, so würde der Staat durch eine solche Zumuthung das Unrecht als geltend, d. h. als Recht setzen. Die Lösung dieser Antinomie liegt in dem Rechte der *Nothwehr*, welches solchenfalls für das angegriffene Individuum eintritt und als ein durch den Grundsatz der absoluten Nichtigkeit des Unrechts (§. 3) getragenes, für den Einzelnen vom Staat abgeleitetes, daher auch an gewisse Bedingungen und Grenzen gebundenes Recht erscheint. N. Rev. S. 708—715.

1) Der absolute Grund für die Rechtmäßigkeit der Nothwehr liegt darin, daß sich darin das Recht gegen das Unrecht als das in sich Nichtige geltend macht. Diese Begründung liegt ebenso in der Deduktion der auf dem Boden der *Kant*ischen [2]), als der auf dem Boden der *Hegel*'schen Philosophie Stehenden [3]). Allein beide Standpunkte trennen sich wieder in der näheren Ausführung. Der erstere, wo er konsequent aus der Grundansicht entwickelt wird, stützt sich darauf, daß Jeder sein natürliches Selbstvertheidigungsrecht nur unter der Bedingung an den Staat übertragen habe, daß dieser den erforderlichen Schutz gewähre, daher

---

man §. 23. 24. *Feuerbach* §. 36. 37). Ganz verkehrt ist die Stellung der Nothwehr unter die Gründe der aufgehobenen Zurechnung. — ein Fehler, den sogar noch *Jarcke* I. 144 ff. begeht. Auch *Berner* im N. Arch. 1848. S. 547 ff. giebt keine erschöpfende Deduktion.

1) Beim Versuch ist das Unrecht in die Existenz getreten.

2) Weder *Kant* a. a. O., noch *Fichte* Nat.R. II. 82—85 (vgl. übrigens S. 5. 7. 96) sprechen sich mit erforderlicher Vollständigkeit aus. s. aber *Grolman* §. 23. 24. *Feuerbach* §. 36. *Henke* I. S. 206.

3) vgl. bes. *Hefftter* § 41 n. 1. *Richter* philos. Strafr. S. 135 ff. *Michelet* philos. Moral S. 161 ff. *Luden* Hob. I. 292 (dessen Polemik gegen die Vorgenannten unbegreiflich ist. N. Rev. S. 710). Sonderbarer Weise trennt sich *Abegg* Lb. §. 109. Unters. S. 111 ff. in dieser Frage ganz von dem Prinzip, das er sonst durchzuführen strebt. vgl. auch *Rosmini* filos. d. dir. p. 696—718.

beim Wegfallen dieſer Bedingung jenes urſprüngliche (naturzuſtändliche) Recht wieder auflebe[1]). Andre haben aber die Konſequenz des Prinzips noch weiter bis zu dem Satze verfolgt, daß in ſolchen Fällen für den Angegriffenen der Staat praktiſch gar nicht vorhanden ſei, ſofern hier ein Nothſtand eintrete, d. h. ein Zuſtand der aufgehobenen Möglichkeit der Koexiſtenz, der an und für ſich die Aufhebung des allein auf der Möglichkeit der Koexiſtenz beruhenden Rechtszuſtandes enthalte[2]). Natürlich wäre aber hiemit die Nothwehr nicht als Recht, ſondern nur als faktiſche Gewalt legitimirt und, da die Aufhebung des Rechtszuſtandes vorausgeſetzt wird, käme dieſelbe Betrachtung dem ungerechten Angreifer zu gut, falls er die größere phyſiſche Macht hätte[3]). Außerdem iſt es eine ſchädliche Begriffsverwirrung, Nothſtand und Nothwehr zu verwechſeln und in beiden Fällen eine Kolliſion anzunehmen, da in Wahrheit eine ſolche nur beim Nothſtande, nicht aber bei der Nothwehr ſtattfindet[4]). — Ebenſowenig genügt aber allerdings zur Rechtfertigung der Nothwehr die abſtrakte Berufung auf die Nichtigkeit des Unrechts in ſich[5]). Vielmehr iſt weiter zu zeigen, daß eine ſolche Manifeſtation dem Individuum nur in gewiſſen Fällen, nämlich eben nur im Falle der Noth zuſtehe, und zwar nur als ein vom Staat abgeleitetes Recht[6]). Dabei iſt aber nicht nur die abſtrakte Möglichkeit ſolcher Fälle, ſondern deren Nothwendigkeit zu zeigen, wie im §en geſchehen iſt.

2) Die Nothwehr hat mithin den abſoluten Grund ihrer Rechtmäßigkeit, die Nichtigkeit des Unrechts als ſolchen, mit der Strafe gemein. Sie unterſcheidet ſich aber zugleich weſentlich von dieſer dadurch, daß ſie das Individuum zum Organ hat, und als Vertheidigung gegen ein erſt drohendes, mithin maßloſes Unrecht nicht an das Prinzip des gleichen Werthes gebunden ſein kann, ſondern ihre Grenzen anderswoher geſteckt erhalten muß[7]). Sie iſt vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Falle durch den Staat nicht abwendbares Un-

---

1) ſ. Feuerbach §. 36; nach ihm Henke a. a. O. Abegg Lb. S. 169. Marezoll S. 82. 83 (der ſich übrigens durch Zöpfl ſ. u. unnöthig genirt läßt). Bauer Lb. §. 50. Dieſe Fiktion verwirft nun auch Luden Hdb. I. S. 292. n. 4. vgl. Abh. II. 480. 481, ohne jedoch ſelbſt auf klare Begriffe zu kommen, wie ſchon ſein Anlehnen an Abegg zeigt. Nach neueren Staatsbegriffen iſt ſie ohnedies ohne Werth. ſ. auch Sander im N. Arch. 1841. S. 80. Welcker in Demme's Annal. XIV. 51 f.

2) Grolman §. 23. 24. Grävell im N. Arch. III. 280. 281. vgl. Abegg §. 107—109. Mittermaier z. F. §. 36.

3) Gegen die Verwechslung ſ. beſ. Schröter S. 145. 146. n. 1. vgl. Marezoll S. 82. 88. Morſtadt n. 1. z. F. §. 37. u. am beſten ſchon Kant a. a. O. u. Fichte II. 85—87.

4) A. M. Abegg a. a. O. ſ. aber N. Rev. S. 711. 712. Heffter §. 41. n. 1., jetzt auch Berner im N. Arch. 1848. S. 552—555. Ganz verfehlt iſt vollends die Subſumtion der Nothwehr unter den pſychologiſchen Zwang (!) b. Hye S. 198. 199.

5) Abegg und Luden a. a. O., die jedoch gegen Heffter ganz mit Unrecht Front machen. N. Rev. S. 711. Feinere Bemerkungen macht Schröter §. 17—19, der aber doch zuletzt zugiebt, daß Nothwehr und Strafe wenigſtens mittelbar Rechtsgrund und Zweck gemein haben.

6) Im Gegenſatz gegen die Kantiſche Schule.

7) vgl. Schröter §. 17—21.

recht dem Individuum zu seinem eigenen oder zum Schutze eines Dritten zustehende Vertheidigungsrecht [1]).

3) Daß nun diese Auffassung im Wesentlichen ganz die des römischen Rechts sei, wird allgemein anerkannt [2]). Dagegen ist neuerdings behauptet worden, daß das deutsche Recht von jeher (bis zu der Zeit seiner Amalgamirung mit dem römischen, — resp. bis zu Feuerbach, — ja resp. noch neuerdings) dieses allgemeine Prinzip nicht anerkannt, vielmehr die Nothwehr nur als einen Fall des Nothstands, d. h. als ein exorbitantes Thun aufgefaßt habe, wobei die Verletzung an sich als unrechtmäßig, und nur aus Billigkeitsgründen als straflos angesehen worden sei. Namentlich soll also das deutsche Recht von einem Rechte der Nothwehr nichts wissen, solches vielmehr für den wahren deutschen Rechtsgeist gar nicht existiren [3]). Allein der Beweis dieser ganzen Behauptung [4]) ist gänzlich verunglückt. Was zunächst die germanische Zeit betrifft, so werden Stellen auf die Nothwehr bezogen, die gar nicht von ihr, sondern (trotz der Ausdrücke necessitate cogente, se defendendo etc.) [5]) von ganz andern Fällen sprechen, in welchen allerdings die Erlegung von Bußen gefordert wird [6]). Aber eben dieselben Volksrechte, die dergleichen verordnen, sprechen auch die völlige Unverantwortlichkeit bei wahrer Vertheidigung von Leib und Gut aus [7]) — Stellen, welche größtentheils wunderbarer Weise für die entgegengesetzte Ansicht angeführt werden. Je gleichförmiger aber in den Volksrechten gewaltsame Selbstvertheidigung zum

---

1) s. überh. noch Grattenauer üb. d. Nothwehr. 1806. Grävell im N. Arch. III. 279 ff. Kleinschrod eb. S. 383 ff. van der Maesen de justa sui defens. 1807. Bang de moderam. inculp. tutelae 1819. Smet de legit. sui defens. 1824. Ueb. Injurien, Hausrecht, Nothwehr ꝛc. nach preuß. R. 1827. Sander im N. Arch. 1841. S. 68 ff. Zachariä eb. S. 422 f. Zöpfl eb. 1842. S. 118 ff. 311 ff. 1843. S. 27 ff. Abegg Unters. S. 107—121. 180—186. Luden Abh. II. 475 ff. Roßhirt Entw. S. 204—208. Rechtsfälle bei Kappler 244—247.

2) Namentlich auch von Zöpfl N. Arch. 1842. S. 124—126. Was dieser S. 128 ob. von einem merklichen Schwanken der römischen Ansichten sagt (u. Mittermaier n. 2 zu F. §. 37 nachsagt), ist ohne Grund. vgl. Zachariä eb. 1841. S. 429—431. Rein S. 138—143. Das kanon. Recht in dieser Sache ist religiös gefärbt. c. 3. 10. 18. X. de homic. (5. 12).

3) N. Arch. 1843. S. 45—47. s. aber N. Rev. S. 715 u. jetzt auch Berner a. a. O. S. 547—550 (nicht gründlich).

4) Die freilich da und dort als wichtige Errungenschaft einregistrirt wurde. s. Mittermaier a. a. O. Die Behauptung ohne Beweis s. bei Trummer Vorträge I. 429 ff.

5) Capit. a. 805. c. 5. (P. I. p. 133). Wilda S. 231 n. 2. Auch Abegg Unters. geht hier in der Irre; noch mehr Biener d. engl. Geschw.Ger. I. 120 und sonst.

6) s. bes. L. Burg. II, 2. XLVIII, 1. 4. L, 1. L. Liutpr. IV, 2. VI, 9. vgl. Wilda S. 564. n. 3. Selbst Zöpfl nimmt hier wenigstens einen Exzeß der Nothwehr an, und gesteht (S. 131) beiläufig die Eigenthumsnothwehr zu! Wie er die S. 138. 139 cit. Kapitularien für sich anführen mag, ist kaum begreiflich.

7) L. Burg. XXIX. 1. vgl. L. Wisig VI, 4, 6. VI, 5, 19. VII, 2, 15. 16. Ed. Roth c. 32. 285. Form. Sirm. 30. 31. (Walter III. p. 389. 390). L. Rip. 77. L. Fris. V. L. Angl. et Werin. VII, 4. L. Sax. IV, 4. L. Bajuv. VIII, 5. j. Decr. Thassil. de pop. legib. 3. (Walter I. p. 296). L. Jnae c. 16. 21. 35. L. Aethelst. 1. §. 2. L. Aelfr. 25. L. Henrici I. c. 83.

Schutz der verschiedensten Rechte, namentlich auch des Besitzes[1]) unbedingt gestattet wird, um so bodenlosere Willkühr ist es, dem deutschen Rechte das Prinzip der Nothwehr[2]), mit andern Worten den Rechtssinn selbst abzusprechen. Dies umsomehr, da die Bestimmungen über den Beistand, den man einem Andern in Nothwehr befindlichen leistet, resp. zu leisten hat[3]), ohne das richtige Prinzip gar nicht zu begreifen sind. Wo wegen Verletzung des Kirchen- oder Pallastfriedens Buße gefordert wird[4]), da ist eben nicht die Nothwehr als solche, sondern nur die Nichtachtung jenes Friedens das Bußwürdige. Die gegnerischen Argumente aus den Rubriken sind bei Gesetzen überhaupt (die nicht systematisch zu sein brauchen), vollends aber bei Rechtsaufzeichnungen wie die Volksrechte[5]) nichts sagend. Ganz unglücklich ist aber die Herbeiziehung des Nothstandsbegriffs, da dieser, soweit bekannt ist, in den germanischen Rechtsquellen gar nicht vorkommt[6]) und in der von Zöpfl jedenfalls allein gemeinten (freilich noch sehr problematischen) Wirkung in Fällen der Kollision zwischen gleichen Rechten (Leben und Leben) auch in der That in jenen Quellen am wenigsten gesucht werden darf, da die Schuldlehre, worauf er in dieser Ausdehnung allein zurückgeführt werden kann, in den Volksrechten bekanntlich noch sehr unentwickelt ist. — Ebensowenig liegt ein Beweis in den vielfach beschränkenden Bestimmungen über den Beweis der Nothwehr. Solche zeigen sich allerdings theils in symbolischen Formen[7]), theils in materiellen Erfordernissen, z. B. daß der auf Nothwehr sich Berufende selbst verwundet sei[8]), oder daß der Dieb die gestohlene Sache bei sich gehabt habe ꝛc.[9]). Allein sie beweisen nur die mangelhafte Entwicklung des Beweisrechts, keineswegs ein Odium gegen das Recht der Nothwehr, — schon deshalb nicht, weil ganz ähnliche Forderungen wie an den, der auf Nothwehr sich berief, auch an den gestellt wurden, der wegen astus animus oder culpa (s. u.) auf mildere Beurtheilung Anspruch machte[10]). Abgesehen nun aber von alle

---

1) gegen Brandstifter und bes. gegen Diebe. s. d. ang. Stellen.

2) Die Argumentation aus der „kaltblütigen Berechnung" bei Trummer a. a. O. ist ebenso vag, als irrig, da die betr. „Abwägung" wirklich in den Volksrechten vorkommt, und zwar nicht nur etwa im westgothischen, sondern auch im ripuarischen. vgl. L. Henr. I. c. 83.

3) Ed. Roth. c. 13. L. Henr. I. c. 82. §. 3. c. 88. §. 10. vgl. Lüttich. Krim. Stat. b. Warnkönig Lütt. Gewohn.R. S. 73. c. 10.

4) Leg. Langob. Lothar. I. c. 57. L. Henr. I. c. 80. §. 7. 8.

5) ebenso die Argumentation aus den Ausdrücken von Schriftstellern wie Seb. Brandt. s. N. Arch. 1842. S. 319. 1843. S. 43 n. 16. (freilich soll Brandt die „treffliche" Aeußerung nur „gleichsam unbewußt" gethan haben!)

6) Auch bemüht sich Zöpfl, was doch das Erste gewesen wäre, gar nicht um eine solche Nachweisung.

7) L. Rip. 77. L. Henr. I. c. 83. vgl. Sächs. LR. II. 14. §. 1. Schwäb. LR. c. 79. IV.

8) L. Burg XLVIII, 4. vgl. Bamb. Stadtr. §. 33. 158. 166. Schwäb. LR. c. 79. II. Sächs. LR. I. 63. §. 1.

9) L. Bajuv. VIII, 5. vgl. Schwäb. LR. a. a. O.

10) Wilda S. 576—578. 594—597. vgl. S. 162—164. Die schwierige Frage war die nach dem Anfänger des Streits. Allein eben die bestimmte Stellung dieser Frage zeigt wieder, daß man ganz den richtigen Gedanken der Selbstvertheidigung gegen drohendes Unrecht aufgefaßt hatte. Legg. Lang. Loth. I. c. 57. L. Henr. I. c. 83. Graugans II. Sect. 8. a. c. 5. Abs. 3. Ass. de Jerus. de la b. cour. c. 258. (Kausl. I. p. 312. 313), wo bes. die von Zöpfl N. A. 1842,

dem, erſcheint es in der That kaum begreiflich, wie man dazu kommen mag, gerade das Prinzip der Nothwehr [1]) einem Rechte abzuſprechen, das die Selbſthilfe in ſo großem Umfange legitimirte [2]) und durch deren allmälige Beſchränkung ganz naturgemäß von ſelbſt auf den Begriff der Nothwehr geführt werden mußte, ſelbſt wenn es davon kein Bewußtſein gehabt hätte [3]). Daß aber dies der Fall war, dafür liegt endlich noch der ganz poſitive Beweis darin, daß die deutſchen Volksrechte keineswegs bloß von Tödtung und Verwundung, ſondern auch von geringeren Eingriffen in die Freiheit des Angreifers, namentlich durch Binden deſſelben ſprechen und dieſe ganz ebenſo wie Tödtung ꝛc. durch das Prinzip der rechtmäßigen Selbſtvertheidigung legitimiren [4]). — Eben dies thut auch das ſchwäb. LR. [5]), und, wie in der Periode der Volksrechte, ſo fallen auch in der Zeit der Rechtsbücher die mageren Beweiſe für das Gegentheil in Nichts zuſammen. Sie ſtützen ſich darauf, daß im ſächſ. LR. und verwandten Quellen in manchen Fällen trotz erwieſener Nothwehr dennoch das Wergeld und eine Wette an den Richter habe erlegt werden müſſen [6]), ſowie darauf, daß auch jetzt hier und anderswo der Beweis der Nothwehr ſtreng genommen worden ſei [7]). Allein beides hängt theilweiſe zuſammen und beweiſt eben im Zuſammenhange nichts. Allerdings nämlich kommt Wergeld und Wette in norddeutſchen Quellen vor, — aber letztere wenigſtens nur in Fällen, wo man den Beweis der Nothwehr nicht für vollſtändig erbracht erachtete [8]). Wo letzteres der Fall war, da tritt auch in jenen Quellen das Prinzip der gänzlichen Unverantwortlichkeit ungetrübt hervor, namentlich bei der Nothwehr gegen Thiere, und wenn der auf Nothwehr ſich Berufende ſich ſofort ſelbſt vor Gericht ſtellt und den Getödteten eines Fried-

---

S. 144. angef. Beſtimmung über das Geſtändniß Seitens des Erſchlagenen den klarſten Beweis gegen ihn liefert.

1) Wenn daſſelbe in Bezug auf das Prinzip des Nothſtandes geſchehen wäre, ſo hätte man mehr Verſtändniß jenes Rechts gezeigt.

2) Dies zeigt ſich gerade noch bei den Beſtimmungen der Volksrechte über Eigenthumsnothwehr. ſ. beſ. Ed. Roth c. 32. vgl. Wilda S. 889—891.

3) Den früheſten Beweis lieferte das weſtgoth. Recht. ſ. aber auch L. Baj. de pop. leg. c. 3. L. Sax. IV. 4. u. a.

4) ſ. z. B. L. Rip. 77. Ed. Roth c. 32. L. Henr. I. c. 83. vgl. Wilda S. 165. 308. 795. n. 3. 889—891.

5) c. 79. IV. vgl. L. Rip. und Ed. Roth. l. c. Wenn der Sachſ. Sp. von geringeren Arten der Selbſtvertheidigung nicht ſpricht, iſt daraus nur zu ſchließen, daß er ſie als etwas betrachtet, das ſich von ſelbſt verſteht, ſ. aber z. B. Gosl. Stat. (Göſchen) S. 36, 36—41. S. 88, 21—26.

6) Sächſ. LR. II. 14. Rechtsb. n. Diſt. (Ortl.) IV. c. 5. d. 2. 6. 7. c. 6. d. 1. Was Göſchen S. 345 n. 7. aus den Gosl. Stat. anführt, beweist das Verlangte nicht.

7) Sächſ. LR. a. a. O. u. I. 63 §. 1. vgl. Schwäb. LR. c. 79 II. c. 342. Augsb. Stadtr. von 1276. c. 102. (Walch IV. 122). Ger.buch v. Regensburg bei v. Freiberg V. H. 1. S. 66. 71. Bamb. Stadtr. §. 158. 160.

8) ſ. Zöpfl ſelbſt N. Arch. 1842. S. 148 ob. Sächſ. LR. II. 14 j. III. 10. §. 1. 3. Göſchen Gosl. Stat. S. 351 unten, 352 ob. 359. n. 5. vgl. im Zuſammenhang Rechtsb. n. Diſt. IV. c. 1. d. 2., c. 4. d. 3, — c. 5. d. 2. 6. 7., c. 6. d. 1. 2. Schwäb. LR. c. 79. IV. Gosl. Stat. S. 34. 35 f. Gloſſe z. ſächſ. LR. II. 14. 38. Carpzov qu. 28 nr. 34—50. Haeberlin Speculorum ꝛc. j. crim. p. 28—30.

bruchs überführt [1]). Zugegeben iſt ohnedies, daß auch das ſächſ. LR. Tödtung aus Nothwehr für keine Felonie und für keinen Grund zur Ausſchließung von der Erbſchaft des Getödteten erklärt [2]), ſowie daß dieſelben Grundſätze auch bei Angriffen auf das Eigenthum (gegen Diebe, Räuber ꝛc.) Anwendung fanden [3]). Das Wergeld bei Tödtung in der Nothwehr findet ſich übrigens auch in Ländern fränk. Rechts, wo es jedoch früh abkam. Wenn es im Gebiet des ſächſ. Rechts noch bis in die ſpäteſte Zeit ſich erhielt, ſo hängt dies mit den eigenthümlichen Grundſätzen des germaniſchen Rechts über Schadenerſatz, ſowie mit dem Beſtreben, möglichſt der Blutrache vorzubeugen, zuſammen [4]). Jedenfalls aber trägt das ſchwäb. LR. ſchon ganz die vermeintliche römiſche Theorie über die rechte Nothwehr und ihre Bedingungen im Keime; daſſelbe macht einen Fortſchritt im Beweisſyſteme und läßt wenigſtens mit infolge hievon das Wergeld des ſächſ. LR. fallen [5]). Ganz hieran ſchließen ſich die ſüddeutſchen Stadtrechte [6]) und beſonders das Rechtsbuch Ruprechts v. Freiſing [7]). Keineswegs tritt in dieſer ganzen Entwicklung ein dem germaniſchen Rechte fremdes Element und hiemit eine Entartung des erſteren ein. Vielmehr ſieht man nur den auch in jenem ſchon urſprünglich enthaltenen richtigen Gedanken mehr und mehr aus den Hinderniſſen einer noch unbeholfenen Rechtsbildung (namentlich einer zu breiten Anerkennung der Selbſthilfe und eines mangelhaften Beweisſyſtems [8]) herauswachſen und ſo Schritt für Schritt der im römiſchen Rechte bereitliegenden gebildeten Form ſich nähern. Sehr treffend zeigt ſich dies auch fernerhin beſonders in den Ausführungen von Seb. Brandt [9]) und in den ver-

---

1) Gosl. Stat. S. 43, 31—33. S. 89, 3. 4. Sächſ. LR. II. 62. §. 2. III. 48 §. 4. Schwäb. LR. c. 342 (von Zöpfl mißverſtanden). vgl. Rechtsb. n. Diſt. IV. c. 1. d. 2. Wilda S. 163. 594 ff. u. Sächſ. LR. I. 64. 69. II. 14. §. 2 a. E. Stadtr. v. Kleve c. 126. N. Arch. XIII. S. 278 n. 96. ſ. auch Zöpfl RG. II, 1. S. 407.

2) Sächſ. LR. III. 78. §. 6. III. 84. §. 3. Schwäb. LR. c. 151. ſ. auch ſchon Carpzov qu. 28. nr. 34.

3) Sächſ. LR. I. 64. Schwäb. LR. c. 79 IV. (vgl. L. Baj. VIII. 5. L. Rip. 77. Ed. Roth. c. 32). — Const. pac. Frid. I. a. 1156. §. 1. 2. 13. (P. II. p. 101 sq.). Lüb. R. b. Hach Abth. IV nr. LI. p. 571. Rechtsb. K. Ludw. (v. Freib. IV. 3. S. 445), c. 166. Münchn. Stadtr. (Auer) Art. 125. (S. 50.)

4) vgl. Lönſen das allg. poſit. Priv.R. S. 236. v. Schirach ſchlesw.holſt. Krim.R. I. 53 f. Wend. Rügian. Landgebr. Tit. 21. Birnbaum N. Arch. XIII. 428.

5) c. 79. 233. 314. III. vgl. Roßhirt Entw. S. 224.

6) Zöpfl im N. Arch. 1842. S. 156.

7) II. c. 7. (Maurer). Neu iſt hier übr. gegenüber dem Schwab.Sp. nicht die Rückſicht auf das Nichtentweichenkönnen, wohl aber, daß dem Angegriffenen eine ſchimpfliche Flucht nicht zugemuthet und der Beweis in der Regel (ſ. aber auch c. 28) noch mehr erleichtert wird. vgl. Memminger Stadtr. b. Freiberg V. 1. S. 255.

8) ſ. beſ. das ſächſ. LR. und die verſchiedenen Stellen in dem Rechtsb. n. Diſt. a. a. O. im Vergl. mit dem ſchwäb. LR. und Ruprecht v. Freiſ. und dieſe wieder im Vergleich mit dem Bamb. Stadtr. §. 158. 160. einerſeits und den L. Henr. I. c. 83 andrerſeits. ſ. auch Bamb. 165. P.G.O. 139. 140.

9) ſ. Zöpfl a. a. O. S. 317—322. Das Wort Maleſiz ſagt nichts; denn Br. rechtfertigt ja die Verletzung geradezu aus der Ungerechtigkeit des Angriffs, mit ausdr. Berufung auf das röm. Recht.

wandten Bestimmungen der Wormser Ref. VI. Tit. 7. Sie gestatten namentlich auch die Eigenthumsnothwehr, die Ausdehnung des Rechts gegen den fliehenden Dieb und den Beistand für einen Dritten in Nothwehr befindlichen, begünstigen den Beweis der Nothwehr und bemühen sich, ihre Bedingungen und Grenzen nach dem Prinzip der gerechten Selbstvertheidigung festzustellen. So läßt sich denn endlich auch der P.G.O keineswegs ein „Durcheinanderwerfen verschiedener Prinzipien mit vorwiegenden germanischen Elementen" nachsagen [1]). Sie klaubt nicht etwa bloß einzelne römische Sätze auf und vermengt sie nothdürftig mit vermeintlich anders begründetem Herkommen, sondern sie bringt die schon bisher im deutschen Rechte angebahnte Erhebung zum reinen Begriff der Sache mit Hilfe des röm. Rechts zur vollen Ausführung. Eine besondere Unterstützung hiefür liegt noch in der wesentlich gleichen Auffassung, wie sie sich bei J. Damhouder, J. Clarus und später bei Karpzov findet [2]). Aus Allem erhellt mithin, daß die neuere Doktrin und Gesetzgebung keineswegs eine Verfälschung, sondern vielmehr die richtige und konsequente Durchführung des nationalen Gedankens enthält [3]).

§. 29.

Die Bedingungen der Nothwehr sind 1) ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2) ein ungerechter sein muß, und wogegen 3) die zeitige Hilfe des Staats nicht als Abwehrmittel zu Gebot gestanden haben darf. N. Rev. S. 715—732.

1) Prinzip der Nothwehr ist die Rechtmäßigkeit der Selbstvertheidigung gegen einen (ungerechten) Angriff [4]) auf irgend ein Recht. Dabei unterscheiden die gemeinrechtlichen Gesetze [5]) keineswegs zwischen uneigentlicher und eigentlicher Nothwehr [6]), namentlich nicht in dem Sinne, daß jene (die reine defensive Gewalt) nicht an die Bedingungen der eigentlichen Nothwehr gebunden wäre. Wenn man allerdings unter ersterer eine bloße Abwehr versteht, die, wenn auch positiv thätig, doch zu keinem irgend juristisch bedeutenden Eingriff in die Freiheit des

1) Die Anknüpfung der P.G.O. an einzelne Momente des Schwab. Sp., Ruprechts, oder der Volksrechte beweist natürlich gar nichts, ebensowenig die Rubriken vor Art. 138 u. 150, und die Behauptung, daß im Art. 150 ein selbständiger, von der Nothwehr unabhängiger Gesichtspunkt genommen sei, (s. dag. Art. 142!). Verfehlt ist ferner die Versicherung, daß die P.G.O. bloß von einem lebensgefährlichen Angriff spreche (Art. 150).

2) Damhouder pract. c. 76 sq. J. Clar. Rec. Sent. V. §. homic. nr. 24—36. Carpzov Pract. I. qu. 28—33.

3) Das östr. GB. hat jetzt die frühere beschränkte Auffassung aufgegeben. §. 2. g. Hye S. 199.

4) Cic. p. Mil. Quinct. V, 14, 20. 22. X, 5, 13. §. 2 J. de l. Aqu. (IV. 3). l. 3. D. de J. et J. (1. 1). l. 4 pr. l. 5. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1. §. 27 D. de vi (43. 16.) l. 1. C. unde vi (8. 4). P.G.O. Art. 139. 150 §. 1.

5) Aber auch nicht das preuß. LR. II. 20. §. 517. 518, wie Grävell N. Arch. III. 179 ff. willkührlich behauptet.

6) Die Unterscheidung ist auch deßhalb verwirrend, weil sie in verschiedenem Sinne genommen und mit sehr verschiedenen Wirkungen versehen wird. Henke I. 209. 210. Luden Abh. II. 477. 478. Hdb. I. 291, u. dagegen Grävell a. a. O., den freilich Luden gutsmuths für sich anführt. vgl. Grattenauer S. 72. dag. Wächter I. S. 89.

Angreifers übergeht, so kann der Unterschied zugegeben werden, nur darf ein solches Verhalten auch nicht einmal als uneigentliche Nothwehr prädizirt werden, da Nothwehr stets die Unmöglichkeit der Staatshilfe voraussetzt. Reine Abwehr [1]), welcher der Angreifer sich fügt, fällt unter den Begriff der einfachen Rechtsverfolgung (§. 27. Anm.) wobei die Justizgewalt gar nicht interessirt ist [2]). Allein unter dieser Voraussetzung ist die Unterscheidung gänzlich unpraktisch, da im Fall eines ungerechten Angriffs, der zunächst zu einer reinen Abwehr Veranlassung giebt, in der Regel die Sache nicht in diesem Stadium stehen bleiben und hiemit die sog. eigentliche Nothwehr eintreten wird [3]). Sobald nun aber die reine Abwehr in einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Gegners übergeht, hat sie auch die Unmöglichkeit der bereiten Staatshilfe zur absoluten Bedingung [4]), da sie außerdem unerlaubte Selbsthilfe wäre. Allein von diesem Augenblick an kann man auch verschiedene Sorten von Nothwehr nicht mehr unterscheiden, und zwischen defensiver und aggressiver Gewalt keine irgend praktische Grenze ziehen [5]). — Aus dem Prinzip selbst folgt nun aber, daß es völlig gleichgiltig sein müsse, welches Recht durch den ungerechten Angriff bedroht sei. Dies erkennt auch das gemeine deutsche Recht vollkommen an, ohne irgend ein Recht (namentlich die Ehre oder das Eigenthum) auszunehmen [6]). Allerdings sind aber die Ansichten der Rechtslehrer in dieser Frage sehr getheilt. Was zunächst die Ehre betrifft, so läßt man zwar Nothwehr gegen Realinjurien [7]) und Angriffe auf die Keuschheit wohl allgemein zu. Dagegen schließt man häufig Nothwehr gegen Verbal- und symbolische Injurien aus, theils weil hier stets rechtlicher Ersatz möglich sei, theils weil derlei Injurien stets als bereits vollendete Delikte hervortreten [8]); — jedoch in beiden Beziehungen mit Unrecht [9]).

---

1) Ueber diesen Begriff geht Luden Abh. II. S. 485 zwar nicht in not. 1, wohl aber im Texte gleichfalls hinaus. Andrerseits wird allerdings (s. o.) der Kreis der unmittelbaren Rechtsverwirklichung zu sehr beschränkt, wie von Linde, Wächter u. A.

2) Mit Recht verweist daher Luden Hdb. I. 292. n. 3. die uneigentl. Nothwehr in seinem unschuldigen Sinne ganz in's Civilrecht.

3) Auf dieser Voraussetzung beruht auch die verkünstelte Ausführung von Luden.

4) Dies giebt auch Grävell für seine „uneigentliche" Nothwehr zu.

5) Auch Henke I. 210 unterscheidet so, jedoch ohne praktische Folge. Zu den unklaren Vorstellungen gehört auch die Ausführung bei Marezoll S. 84. 85. s. dag. Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 61 und Marezoll selbst S. 84. n. 4.

6) l. 3 D. de J. et J. (1. 1) l. 1. §. 4. l. 9 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 C. unde vi (8. 4). P.G.O. Art. 139. 140. 150. A. M. Luden Abh. II. 489—494 ff. Hdb. I. 295. n. g. s. dag. Böhmer Medit. ad CCC. art. 140 §. 3. Zachariä im N. Arch. 1841. S. 429—434. Berner a. a. O. S. 562—589.

7) Aeltere schränkten häufig die Nothwehr auf Realinjurien gegen Offiziere und Standespersonen ein. Böhmer ad art. 140 §. 2. Quistorp §. 242, selbst noch Grattenauer S. 119. 120. Jarcke I. 150 n. 33. s. dag. Breidenbach I. 1. S. 596.

8) Feuerbach §. 38. n. 3. vgl. Püttmann Elem. §. 322. Grolman §. 25. not. d. Jarcke I. 149. Zachariä üb. d. Versuch I. 75. 76. Luden Abh. II. 485. Hdb. I. 299. Martin §. 45. n. 8. Marezoll S. 85. 86. Mittermaier n. 2. z. F. §. 38 und Morstadt n. * z. §. 38. n. c.

9) N. Rev. S. 442. 718—720. vgl. Klein z. Quist. §. 242. n. h. Tittmann I. 271. not. h. Grattenauer S. 98 f. Grävell N. Arch. III. 291—295. Henke I. 214. Bauer §. 51. n. c. Hefftter §. 43. n. 4. Hermann Krit. d. sächs. GB. S. 141. Abegg Unters. S. 113 ff. Hufnagel I.

In Beziehung auf das Eigenthum machen einige die rein quantitative Beſchränkung, daß es ſich nicht um einen unbedeutenden Gegenſtand handeln dürfe [1]), wo dann natürlich die Grenze ganz willkührlich iſt; oder die qualitative, daß es ſich um ein in abstr. oder doch wenigſtens in concreto unerſetzliches Gut handeln müſſe [2]), wobei dann häufig die abſtrakte Erſetzlichkeit für Schaden an unbeweglichem Gut ohne Weiteres poſtulirt [3]), überdies aber von Manchen die Sache relativ geſtellt, d. h. die Frage: Ob? ſogleich mit der ganz andern Frage über das moderamen inculpatae tutelae vermengt wird [4]). Selbſt die abſolute Abweiſung der Eigenthumsnothwehr hat ihre Vertheidiger [5]), weit mehrere aber der entgegengeſetzte Satz [6]). Dieſe verſchiedenen Anſichten der Doktrin haben nun übrigens auch auf die moderne Geſetzgebung eingewirkt. Formell ganz übergangen iſt die Ehre im öſtr. GB. §. 127 (jetzt §. 2 g.), im bair. Art. 129 und im ſächſ. Art. 70 [7]), — nicht aber auch im preuß. LR. [8]). Die Gbücher für Wirtemberg (Art. 102), Braunſchweig (§. 166), Heſſen (Art. 46), Baden (§. 84), Thüring. (Art. 66) nennen nur gewaltthätige Angriffe auf die Ehre, wodurch Nothwehr gegen bloß wörtliche und ſymboliſche Injurien ausgeſchloſſen iſt [9]). Das hannövr. (Art. 78) dagegen ſpricht von unrechtmäßigen Angriffen auf die Ehre überhaupt, und das preuß. (§. 41) von rechtswidrigen Angriffen ganz im Allgemeinen, was nur

---

221. Breidenbach I. 1. S. 595. ſ. auch ſchon Damhouder l. c. Clar. §. homic. n. 26. Carpzov. qu. 30. nr. 72—74.

1) Covarruvias in Clem. un. de homic. P. III. i. f. Koch institut. j. cr. §. 449. Paalzov Comp. p. 313. Damhouder c. 78. nr. 4. Böhmer ad Carpz. qu. 32. obs. 1. vgl. Med. ad CCC. 140. §. 3.

2) Böhmer l. c. Feuerbach §. 38. Martin §. 45. n. 7. Salchow Darſtell. I. 50. Marezoll S. 84. 85. Mittermaier n. 1. z. F. §. 38. ſ. auch Rein S. 143.

3) Fichte Nat.R. II. 82. vgl. Henke I. 209. 214. 215 und Grävell N. Arch. III. 286—290, die gleichwohl daſſelbe wie die in der vor. Not. Angef. behaupten.

4) Tittmann I. 273. 274. vgl. not. p. vgl. auch Luden Abh. II. 475, der jedoch dieſen Gedanken ſpäter aufgegeben zu haben ſcheint.

5) nämlich an Luden Abh. II. 481 ff., der freilich gleich nachher auf ſehr künſtliche, aber ſehr unpraktiſche Weiſe doch wieder auf das Rechte zu kommen ſucht. ſ. N. Rev. S. 728. 732. ſ. übr. auch Hélie VI. p. 70. 71.

6) Carpzov qu. 32. nr. 15. 22. 27. 32. 36. Leyser Spec. 600. med. 17. Püttmann Elem. §. 321. Grolman §. 25. n. d. §. 140. n. d. Werner Hdb. §. 217. Roßhirt Lb §. 27. n. 8. 9. Jarcke I. 148. 149. Abegg §. 109. Hefftter §. 43. n. 4. Wächter I. §. 51. Bauer §. 51. not. c. Sander N. Arch. 1841. S. 68 f. Zachariä eb. S. 422 f. Morſtadt n. 3. z. F. §. 38. N. Rev. S. 716—718.

7) Jeuull II. 248. not. f. g. das bair. nennt wenigſtens die Keuſchheit, das öſtr. nur Leben, Freiheit und Vermögen. Angriffe auf Keuſchheit fallen aber unter die auf die Freiheit, ebenſo Realinjurien (auch nach bair. GB.). Das ſächſ. GB. begnügt ſich mit dem Ausdruck: gewaltth. Angriffe auf die Perſon. vgl. Hélie VI. p. 72—75. Hye S. 220. Not. und S. 202. Not.

8) wie Luden meint; ſ. Thl. II. 20. §. 509. Grävell a. a. O. S. 291.

9) Daſſelbe projektirt der neueſte bair. Entw., wo gewaltthätige Angriffe auf Ehre, Keuſchheit und Freiheit als unter denen auf die Perſon begriffen angenommen werden. ſ. Mot. z. Art. 63—65. vgl. Hufnagel I. 220. 221. III. 132. Breidenbach I. 1. S. 595—597.

zu billigen ist [1]). — Was die Eigenthumsnothwehr betrifft, so ist dieselbe im Prinzip [2]) von allen neuen deutschen Gesetzgebungen anerkannt [3]). Aber gleichwohl sind auf indirektem Wege (bei Gelegenheit der Bestimmungen über die Ueberschreitung der Grenzen der rechten Nothwehr) in mehrere dieser Gesetzgebungen Beschränkungen im Sinne der o. a. doktrinellen Halbheiten eingedrungen, welche zum Theil das prinzipiell Gesetzte geradezu oder relativ wieder aufheben [4]) (s. u.). — Wohl zu beachten ist noch, daß nach gemeinem deutschem Rechte der durch Gewalt aus dem Besitz Entsetzte, wenn er sich durch in continenti geübte Gewalt wieder in den Besitz setzt, sowie der, welcher einen heimlich Eingedrungenen alsbald nach erlangter Wissenschaft mit Gewalt wieder austreibt, so angesehen wird, als ob er selbst den Besitz nie verloren hätte [5]). Diese Gewalt des rechtmäßigen Besitzers fällt daher durchaus unter den Begriff der Nothwehr, sobald nur die übrigen Requisite nicht fehlen [6]). Von selbst versteht sich, daß in der Eigenthumsnothwehr auch der Schutz des Hausrechts gegen einen widerrechtlich Eindringenden oder Eingedrungenen enthalten ist [7]), während gegen einen bloß eigenmächtig Dableibenden der Hausherr zunächst nur ad modum l. 29 §. 1. D. ad. l. Aqu. (9. 2.) berechtigt ist, allerdings aber unter Umständen auch das Recht der Nothwehr erhalten kann [8]).

2) Bedingungen: a) ein dringender (gegenwärtiger, unmittelbarbevorstehender oder schon begonnener) Angriff [9]) — laesio inchoata, (also

---

1) Revis. von 1845. I. 199. Beseler S. 188. s. übr. Goldtammer I. 417—419. 424 (wo die Anschließung an den Code pén., die nur in den Mot. steht, zu stark premirt ist).

2) Im Unterschied vom Code pén. art. 329, wo die von Luden vertheidigte Ansicht durchgeführt ist.

3) Verunglückt ist die Behandlung im neuen sächs. Entw. Art. 87. A. M. Abegg Beitr. z. Beurthl. S. 43.

4) s. z. B. Jenull II. 247. not. e. Preuß. LR. §. 522 cit. Wirt. GB. Art. 103. nr. 3. Hannövr. Art. 79 (nach der Auslegung von Leonhardt), Hess. Art. 49, S. 2. Bad. §. 87. vgl. Sander N. Arch. 1841. S. 68 f. Trefurt eb. 1838. S. 289. 290. Die Motive z. sächs. Entw. S. 159 sind hier in einer offenbaren Selbsttäuschung befangen. s. dag. bes. Goldtammer I. 366. 367. 369. 370. 420. 421.

5) l. 3 §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16). l. 6 §. 1. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. l. 46 D. de adqu. v. am. poss. (41. 2). v. Savigny Besitz §. 40. Wächter Wirt. Priv.R. II. 406. 407. n. 10.

6) Wächter Lb. I. §. 50. n. 7. A. M. Breidenbach I. 1. S. 600—604 und nach ihm Hufnagel III. 132. s. auch schon Tittmann I. §. 136. not. b.; jedoch ganz mit Unrecht. Denn mit den Distinktionen, die Breidenb. S. 602 macht, stellt er sich ganz auf den S. 599. n. 1. für irrig erklärten Standpunkt von Luden; die Argumente S. 603 passen nicht, da ja das Gesetz in den fraglichen Fällen den Besitz als noch nicht verloren, mithin den Angriff als perennirend annimmt, wodurch auch das arg. a. contr. aus Art. 46. nr. 3 wegfällt; jedenfalls leidet die Entscheidung an fataler Halbheit, besonders in Vergleich mit dem S. 605 ob. Gesagten. s. auch Hann. GB. Art. 77. Braunschw. §. 166. Bad. §. 93. Thüring. Art. 66, 2. Bair. Entw. Art. 63. Goldtammer I. 424. 425.

7) s. schon preuß. LR. II. 20. §. 525 f. Bair. GB. Art. 129. Wirt. Art. 102. Braunschw. §. 166. Bad. §. 84. 93. Mit Unrecht läugnet es Breidenb. vom sächs. und hannövr. GB. s. Leonhardt I. 339. 340.

8) vgl. Breidenbach I. 1. S. 604. 605. Zu weit geht das bad. GB. §. 93, 2. (vgl. 96).

9) l. 1 C. quando lic. (3. 27). l. 4 C. l. ad l. Corn. de sic. (9. 16). P.G.O.

jedenfalls ein positives Handeln, nicht blos negatives Unrecht) [1]). Der Angriff muß also aa) zum Mindesten unmittelbar drohend [2]), d. h. so beschaffen gewesen sein, daß der Bedrängte genügenden Grund hatte anzunehmen, der Gegner werde sofort vom Willen zur That übergehen, wenn ihm die Vertheidigung nicht zuvorkomme; es darf aber auch bb) der Angriff nicht bereits beendigt und das dadurch begründete drohende Verhältniß gänzlich wieder aufgehoben gewesen sein [3]). Die Beendigung des Angriffs fällt aber nicht mit dem Momente der juristischen Vollendung des von dem Angreifer verübten Verbrechens zusammen; vielmehr tritt die Unzulässigkeit der Nothwehr erst dann ein [4]), wenn während eines erkennbaren dazwischenliegenden Zeitraums der Eigenthümer gänzlich der Möglichkeit, körperlich über die Sache zu verfügen, beraubt war, nicht aber solang der Rechtsverlust in continenti noch abgewehrt werden konnte [5]). — b) ein ungerechter [6]) Angriff, — mithin aa) nicht, wenn ein gerechter Angriff von Seiten der Obrigkeit vorliegt [7]); anders natürlich, wenn eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will [8]). Dagegen ist es bb) nicht nöthig, daß der ungerechte Angriff auch ein subjektiv verbrecherischer sei; vielmehr kann der-

---

Art 140. vgl. Schwäb. LR. c. 314 III. Rupr. v. Freis. II. 7. S. Brandt b. Zöpfl N. Arch. 1842. S. 320. Walch v. Ueberlaufen. L. Henr. I. c. 83.

1) Breidenbach I. 1. S. 590.

2) Clarus n. 33. Leyser sp. 600. med. 28. Martin §. 45. III. Jarcke I. 147. Hefftter §. 43. n. 6. Luden I. 293. n. 5. (vgl. beſ. P.G.O. Art. 140).

3) l. 3. §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16). l. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). c. 18. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Hess. GB. Art. 53.

4) Geläugnet, resp. bezweifelt von Luden I. 293. v. Strampff krit. Briefe. S. 92. Breidenbach I. 1. S. 605—607. 634. 635. Leonhardt I. 336. n. 1. 2. Hye S. 205. ſ. dag. ſchon Böhmer Med. ad art. 140. §. 3. u. ad Carpz. qu. 32. (nr. 36) obs. 1. Wächter I. §. 53. Hefftter §. 44 n. 3. Herrmann Beurth. d. ſächſ. S. 143. Hufnagel I. 222. Sander im N. Arch. 1841. S. 90—98. Zachariä eb. S. 427. not. * N. Rev. 721. 722.

5) l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). l. 54 C. de decurion. (10. 31). Cujaz. Obss. XVI. 19. — L. Bajuv. de leg. pop. c. 3. L. Jnae c. 35. L. Aethelst. 1. §. 2. S. Brandt b. Zöpfl a. a. O. S. 318. Sehr ungenügend referirt über die neuen Gbücher Luden I. 298. n. 11. Das Oeſtr. ſächſ., hannövriſche, preuß. erwähnen allerdings den Fall des ertappten, fliehenden oder verfolgten Diebs nicht. ſ. dag. Anm. z. bair. GB. I. 314 und die neuen Motive. Wirt. GB. 102. nr. 2. vgl. mit d. Mot. Hess. Art. 46. nr. 3. Bad. §. 93. Thüring. Art. 66, 2. und unter Vorausſetzung gewaltſamen Widerſtands ſeitens des verfolgten Diebs Braunſchw. §. 166. vgl. bair. Entw. Art. 63, 2. Beſchränkt iſt das Recht in Preußen. Goldtammer I. 424. 425, ausgeſchloſſen in Oeſtr. Hye 205.

6) P.G.O. Art. 142 und alle neueren Gbücher.

7) P.G.O. eb. u. Art. 150. §. 2. a. E. Leyser sp. 590. med. 9. Böhmer ad Carpz. qu. 28 obs. 2. (med. ad. art. 144 §. 3. ſehr zahm!) Hefftter §. 43. n. 5. Marezoll S. 83. n. 2.

8) Zu wenig räumen ein Jarcke I. 146. Henke I. 207. Arnold im N. Arch. 1843. S. 396 f. Luden I. 300. 301. Zachariä N. Arch. 1843. S. 355—376. Ganz verwerflich aber iſt die Anſicht v. Jagemanns eb. 1842. S. 599. ſ. dag. die in d. vor. Note Angef. u. Mohl Staatsr. I. 323. Feuerbach Antihobbes S. 92 ff. Hufnagel III. 229. N. Rev. S. 723—726. vgl. Hann. GB. Art. 160.

ſelbe auch von einem Zurechnungsunfähigen ausgehen [1]), wogegen — falls nur der Begriff des Nothſtands richtig beſtimmt wird — der Angriff von Seiten eines im Nothſtand Befindlichen nicht wohl als ein ungerechter bezeichnet werden kann [2]). Ebenſowenig aber kann der in Nothwehr Befindliche als ſolcher (d. h. wenn er nicht einen Exzeß begeht) einen ungerechten Angriff machen, daher faſt allgemein der Satz angenommen iſt: Gegen Nothwehr giebt es keine Nothwehr [3]). Unbegründet iſt jedoch cc) die Forderung, daß der Angriff unverſchuldet geweſen ſein müſſe, daß daher dem Duellanten, dem auctor rixae gegenüber dem auctor pugnae, ſowie dem, welcher einem erwarteten Angriff entgegengieng, und gegenüber einem Exzeſſe der Nothwehr das Recht der Nothwehr abzuſprechen ſei [4]). Allerdings kann hier die den Angriff veranlaſſende Handlung ſtrafbar ſein, aber der ungerechte Angriff legitimirt auch hier ſtets die gerechte Nothwehr [5]). — c) Unmöglichkeit, im Augenblick bereite Staatshilfe anſprechen und erhalten zu können [6]). Unter der Obrigkeit, welche man betr. Falls anzurufen angewieſen iſt, ſind diejenigen Organe der Staatspolizeigewalt zu verſtehen, welche zur Aufrechthaltung der Ordnung im Allgemeinen angeſtellt ſind, nicht die mit einem ſpeziellen Fache Betrauten [7]). — Mit dieſem Requiſit (c) begnügen ſich aber manche Rechtslehrer ſo wenig, als manche neueren Geſetzgebungen [8]).

3) Wirkung. Wenn ſich nun die gedachten drei Bedingungen zuſammenfinden, ſo ſind die von Seiten des widerrechtlich Angegriffenen behufs ſeiner

---

1) A. M. Martin §. 45 n. 47 und Berner S. 552—554. ſ. dag. Luden I. 301. n. 17. Hufnagel III. 131. Breidenbach I. 1. S. 591. ob. Marezoll S. 83. n. 2 und ſchon Böhmer ad Carpz. qu. 28. obs. 2.

2) A. M. Luden a. a. O. Breidenbach S. 591 ob. Hufnagel III. 131. In Beziehung auf die ſchlechten geſetzlichen Beſtimmungen haben die Kommentatoren allerdings Recht. ſ. aber N. Rev. S. 596—606. 726. 727.

3) Leyser sp. 597. m. 13. sp. 600. m. 18. 19. Böhmer Med. ad art. 140 §. 1. 2. ad art. 144. §. 3. Hefftter §. 43. n. 5. Marezoll S. 83. n. 2. Henke I. 207. 208. Grolman §. 25. not. b. Grattenauer S. 75 f. Hufnagel III. 131. Bauer §. 52 a.

4) A. M. Leyser l. c. Grolman §. 25. n. c. §. 140. n. c. Feuerbach §. 38. dag. Martin §. 45. n. 9. Werner S. 135. ſ. aber wieder Jarcke I. 146. 147. Luden I. 301. n. 18. S. 302 n. 19.

5) N. Rev. S. 727. Breidenbach I. 1. S. 591. Berner S. 561. Ebenſo die neueren Gbücher mit relat. Ausnahme des hannövr. ſ. Leonhardt I. 343. 344. n. 1. 2.

6) Feuerbach §. 38. Grolman §. 24. 25. vgl. Martin § 45. n. 11. Hefftter §. 43. n. 11. Bair. GB. Art. 125. Wirt. Art. 102. Hannövr. Art. 78. Heſſ. Art. 46. vgl. Preuß. LR. II. 20. §. 518. ſ. auch Leonhardt I. 340. 341. Thilo S. 121.

7) Breidenbach I. 1. S. 593. Hufnagel III. 132.

8) Auch Martin und Hefftter ſetzen noch die unſchimpfliche Flucht hinzu (wie auch in der N. Rev. geſchah). Viel weiter aber gehen Andere, wie Luden I. 293—300. Marezoll S. 83. n. 3. S. 86. n. 4. Bauer §. 51, wobei freilich Bedingungen und Grenzen der rechten Nothwehr bunt durcheinander geworfen werden. Von den neuen Gbüchern bleiben nur das bair. u. heſſ. bei der Sache, während die übrigen direkt oder indirekt der falſchen Anſicht folgen, ſo das ſächſ., wirtemb. (Art. 103), das hannövr., braunſchw., badiſche und thüringiſche. Das öſtreich. und preußiſche ignoriren die Frage. Während aber erſteres von Jenull II. 248. 249 in einem die Nothwehr möglichſt beſchränkenden Sinne ausgelegt wird, thut Beſeler S. 189 dem letzteren gerade den umgekehrten Dienſt. ſ. dag. Goldtammer I. 419. 420. Hye übergeht den Punkt.

Vertheidigung der Persönlichkeit des Angreifers zugefügten Verletzungen [1]) als durchaus rechtmäßig anzusehen, soweit nur nicht die Grenzen der rechten Nothwehr (s. d. folg. §.) überschritten sind; und zwar darf der Angegriffene nöthigenfalls bis zur Tödtung des Angreifers vorgehen. — Aus demselben Grunde aber, welcher die von dem Angegriffenen selbst verübte Verletzung rechtfertigt, erscheint auch eine solche gerechtfertigt, welche ein Dritter, dem in rechter Nothwehr Begriffenen Beispringender der Person des ungerechten Angreifers zufügt [2]). Die hiebei sich ergebende Frage, ob der Dritte von dem Bedrängten ausdrücklich um Hilfe angerufen sein müsse, ist nach dem gesunden Menschenverstand zu verneinen, da seine Hilfe eben dann erst recht praktisch wird, wenn der Bedrängte nicht mehr rufen kann [3]). Die andere Frage dagegen, wie der hilfreiche Dritte zu behandeln sei, wenn er nur irrthümlich einem in der Nothwehr Befindlichen beizuspringen glaubte, während dieser sich in der That gar nicht in Nothwehr oder in einer Ueberschreitung der Nothwehr befand, ist lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über den (vermeidlichen oder unvermeidlichen) Irrthum, und weiterhin über Zurechnung zur culpa oder zum dolus (s. u.) zu beantworten [4]). Nur zufällig erscheint mit den Bestimmungen über Nothwehr im gem. Recht der Satz [5]) verbunden, daß eine aberratio ictus in rechter Nothwehr dem Bedrängten nicht zuzurechnen sei [6]). Hiemit aber durchaus nicht zu verwechseln ist die Frage, ob ein in Nothwehr Befindlicher behufs seiner Rettung einen Dritten opfern (verletzen oder tödten) dürfe? [7]). Diese Frage ist, so gestellt, schlechthin zu ver-

---

1) Darunter sind natürlich nicht bloß Tödtungen u. Körperverletzungen, sondern auch Freiheitsbeschränkungen ꝛc. enthalten. Thüring. GB. Art. 66. Beseler S. 187. Ist dem aber so, dann können zur Noth Gesetzgebungen entschuldigt werden, welche gleichwohl altem Schlendrian zufolge die Nothwehr bei der Tödtung (der ehemaligen Stellvertreterin des allg. Theils) unterbringen und die Auslegung und anal. Anwendung der Doktrin überlassen, so gut es gehen mag (wie gut es etwa geht, zeigen sowohl Jenull als Hélie (s. aber revid. Oestr. GB. §. 2 g. Hye S. 199. 203); abentheuerlich ist es dagegen, wenn die Doktrin im Ernst Miene macht, die abgetretenen Kinderschuhe wieder anzuziehen, wie es von Zöpfl (s. o.) und nach ihm von Mittermaier n. 4. z. F. §. 37. Luden I. 302. 303. n. 20. u. A. geschieht. s. dag. auch bair. Mot. z. Art. 63. Breidenbach I. 1. S. 610.

2) l. 1 §. 4 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). P.G.O. Art. 150. Oestr. GB. §. 127. (§. 2. g.). Bair. Art. 125. Sächs. Art. 70. Wirt. Art. 104. Hannövr. Art. 80. Braunschw. §. 166. Hess. Art. 50. Bad. §. 94. Preuß. §. 41. Thüring. Art. 66.

3) s. zwar Hufnagel III. 135., dag. Denf. StrafGb. mit Anm. S. 99. n. 5. Breidenbach S. 623. Leonhardt I. 351. Zachariä N. Arch. 1841. S. 436. 437 u. bes. der auch dort cit. Fall aus Braunschweig. Hitzig Annal. XVI. 126—134.

4) Unklar hierüber sind Breidenbach I. 1. S. 624 und Leonhardt a. a. O. vgl. Hufnagel Strafgb. S. 99. n. 6. Ganz unpraktisch (abgesehen von der überflüssigen Wiederholung) ist die Darstellung b. Luden I. 325—327. s. dag. N. Rev. S. 734—736. vgl. Zachariä im N. Arch. 1841. S. 434—437.

5) P.G.O. Art. 145. u. Kress §. 1. n. 3. Böhmer ad. art. 142. §. 2. u. ad. art. 145. vgl. l. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). Unzulässig ist daher die Stellung des Satzes bei den Meisten (Feuerbach §. 38. n. 5. Wächter I. S. 90. Hefftter §. 45. n. 3. Martin §. 45. n. 16. Luden I. 291. n. 2. ꝛc.) Breidenbach S. 611. Marezoll S. 87. 88.

6) N. Rev. S. 272—293.

7) Nichts davon enthalten die Gbücher für Oestreich, Baiern, Wirtem-

neinen, und es kann nur etwa noch die weitere aufgeworfen werden, ob in Fällen der Lebensgefahr eine ſolche Verletzung unter dem Vorwande des Nothſtandes ſtraflos werden könne, — welche Frage allerdings nach den meiſten neueren Gbüchern [1]) (wiewohl mit Unrecht) zu bejahen ſein wird [2]).

§. 30.

Das Recht der Nothwehr iſt unter der Vorausſetzung des vereinten Vorhandenſeins dieſer Bedingungen begründet. Allein vermöge ſeiner ſubſidiären Natur als Vertheidigungsrecht hat es auch ſeine Grenzen. Nur kann die Grenze keine abſtrakte ſein, wie bei der Strafe. Vielmehr tritt infolge der ganzen individuell begründeten Ausnahmsſtellung des Nothwehrrechts hier der eigenthümliche Fall ein, daß das Recht an ſich als maßlos gelten, ſeine Beſchränkung aber in den Umſtänden des jedesmal vorliegenden konkreten Falls finden muß. Eine Ueberſchreitung des an ſich begründeten Nothwehrrechts (excessus defensionis) iſt nun aber anzunehmen 1) wenn der Angegriffene Gelegenheit und Zeit hatte, zu andern ihm bekannten Mitteln zu greifen, wodurch er ohne Gefahr (auch ohne Gefahr für die Ehre) dem Angriffe ſich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder ſonſt die Abſicht des Angreifers zu vereiteln vermochte, 2) wenn der Gebrauch der Vertheidigungsmittel zu weit ausgedehnt wurde, wobei jedoch ſtets die individuellen Umſtände (Perſönlichkeit des Angreifers und des Angegriffenen, Gemüthsſtimmung, Ort, Zeit, Hilfsmittel auf beiden Seiten) in Anſchlag zu bringen ſind. Die Ueberſchreitung kann auf verſchiedenen Schuldſtufen (dolus, culpa ſ. u.) ſtehen, erfordert aber in allen Fällen eigenthümliche Strafbeſtimmungen, weil jedenfalls der Zuſtand des Benöthigten die Größe der Schuld in der mittelſt der Ueberſchreitung begangenen widerrechtlichen Handlung viel geringer erſcheinen läßt, als wenn dieſelbe Handlung außer dem Stande der Nothwehr begangen worden wäre. Nicht daſſelbe

---

berg, Heſſen. Sie verneinen ſogar die Frage, ob die Nothwehr als ſolche dieſes Recht gebe, direkt. Ebenſo die neuen bair. Motive; indirekt thun dies aber auch die für Sachſen und Hannover. Anders das braunſchw. §. 166 (je nachdem das Wort: Jemand ausgelegt wird) und das Badiſche §. 86.

1) ſ. das Bad. GB. §. 86. vgl. Heſſ. Art. 45 (Breidenb. S. 612). Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Sächſ. Art. 72. Bejaht wurde die Frage von Clarus u. A. §. homic. nr. 31.

2) Die ältere Doktrin hat in dieſer ganzen Lehre nur einen bedingten Werth. Selbſt Karpzov, der einen Anlauf zu prinzipieller Begründung macht (qu. 28. n. 1—12), bringt es nicht über den einfachen Satz hinaus, daß das Recht dem Unrecht gegenüber im Recht ſei (was er mit moraliſchen und theologiſchen Gründen ausſtaffirt), und Böhmer führt zwar beiläufig den Mangel der Staatshilfe als Moment an (med. ad art. 140. §. 4 a. E. und ad qu. 29. obs. 4, wie auch Carpz. ſelbſt qu. 29. n. 72. qu. 30. n. 8. 15 ꝛc.), legt aber ſelbſt ſo wenig Gewicht hierauf, daß er ſogar die Nothwehr als eine Unterart des allg. Selbſtvertheidigungsrechts mit dem Nothſtande koordinirt (ohne jedoch beides zu verwechſeln. qu. 28. obs. 2).

kann ſchlechthin von dem Falle geſagt werden, wenn zur Nothwehr geſchritten wird, ohne daß ihre ſämmtlichen Bedingungen vorhanden ſind; gleichwohl können auch hier aus analogen Umſtänden ſich Gründe ergeben, welche die Rechtsverletzung als eine geringere erſcheinen laſſen. R. Rev. S. 733—736.

1) Das Erbübel in dieſer Lehre iſt die Unklarheit hinſichtlich des Unterſchieds [1]) zwiſchen den Fällen, wo es an den Bedingungen der rechten Nothwehr fehlt, und den Fällen der Ueberſchreitung einer an ſich begründeten Nothwehr. Zwar fehlt es weder in der neueren Doktrin [2]), noch in der neueren Geſetzgebung [3]) an Beiſpielen einer ſtrengen Durchführung des Unterſchieds. Allein der weit häufigere Fall iſt, daß derſelbe entweder gar nicht aufgefaßt [4]) — oder zwar in abstr. anerkannt, aber deshalb unrichtig durchgeführt wird, weil ſich in der Aufzählung der Bedingungen der Nothwehr materielle Mißgriffe finden [5]). Darin allerdings ſtimmt man allgemein überein, daß die im Fen unter 1 und 2 gezogenen Grenzen eingehalten ſein müſſen, wenn die Handlung aus Nothwehr ganz gerechtfertigt ſein ſoll. Dagegen wird das unter 1) Angegebene häufig nicht zu den bloßen Grenzen, ſondern zu den Bedingungen der Nothwehr ſelbſt geſtellt [6]), und dagegen Reaktion gegen einen bereits beendigt geweſenen Angriff unter die bloßen Grenzüberſchreitungen gerechnet [7]). Allein beides mit Unrecht. Erſteres konnte etwa zur Zeit der P.G.O. noch nothwendig erſcheinen, ſofern noch viel ſpätere Zeugniſſe beweiſen, daß das Vertrauen auf den Schutz der Staats-

1) Den Inſtinkt davon hatten auch ſchon Carpzov und ſeine Vorgänger (ſ. Pract. qu. 28. n. 17. qu. 29. nr. 36 sq. ꝛc.), welchen übr. nicht nur Zöpfl (ſ. o.) ganz mißverſteht, ſondern auch Wächter I. S. 91. 92. mit Unrecht gegen Böhmer in den Schatten ſtellt, da letzterer (obs. ad C. qu. 29. nr. 1. und med. ad art. 142) zwar allerdings die Behauptungen Karpzovs im Einzelnen mehrfach berichtigt, ebenſoſehr aber auch hie und da mit Unrecht verwirft (z. B. in Bez. auf doloſen exc. defens.).

2) ſ. beſ. Feuerbach §. 38. 39. vgl. Grattenauer S. 149 ff. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52. Martin §. 45. Abegg §. 109. Mittermaier n. 1. z. F §. 39.

3) Bair. GB. Art. 125. 127. 128. Wirt. Art. 103. Heſſ. Art. 46—49. Sächſ. Art. 70. Braunſchw. §. 166. Ungerecht beurtheilt wird das Wirt. GB. (auf ungenügenden Bericht hin) von Breidenbach I. 1. S. 615. n. 2.

4) Grolman §. 25. 139. 140. vgl. Jarcke I. 145—152. Luden I. 291—304. Marezoll S. 87. n. 3. Jenull II. 250. Am weiteſten gehen die neuen ſächſ. Motive S. 162 (!)

5) Bauer §. 51. 52. Heffter §. 44. vgl. Wächter a. a. O. (der nicht über Böhmer hinauszugehen ſcheint. ſ. med. ad. art. 140. §. 4. und med. ad art. 142) u. relativ Henke I. 216—218. Feuerbach §. 38. nr. III. IV.

6) Dafür ſpricht allerdings die P.G.O. Art. 140. (Kress ad. art. 141.), wenigſtens hinſichtlich der ungefährlichen Flucht, u. allgemeiner l. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). Allein die genauere Beachtung der P.G.O. Art. 142 zeigt, daß das Geſetz denn doch die Unmöglichkeit des commodus discessus keineswegs auf eine Linie mit der Ungerechtigkeit und Plötzlichkeit des Angriffs geſtellt wiſſen will. Clarus n. 32. Böhmer ad art. 142. §. 1. Mit Recht ſehen daher ſowohl er als Carpzov in der Nichtergreifung der Flucht od. ähnlicher Mittel nur einen excessus. (wobei z. bem., daß C. das von Andern behauptete Privilegium der Adelichen u. Offiziere zurückweiſt und ſie auf das Beiſpiel Chriſti hinweiſt. qu. 30. n. 53—67. anders Böhmer obs. 3. ad qu. 30. vgl. Kress ad art. 140, fuga, discessus!)

7) Heffter §. 44. R. Rev. §. 191. Häberlin I. 23.

hilfe in Deutſchland ſehr gering war, weshalb gerade die Hauptbedingung der Nothwehr, die Unmöglichkeit bereiter Staatshilfe, von der P.G.O. ſelbſt und von ihren Erklärern ignorirt oder wenigſtens nur nebenbei angeführt wird [1]). Auf dem Standpunkte des modernen Staats dagegen genügt es vollkommen an der Aufſtellung dieſer Bedingung [2]) und die Aufſtellung einer weiteren iſt um ſo weniger zu rechtfertigen, da die theilweiſe übermäßig ausgedehnte Thätigkeit der Polizei die Bürger längſt entwöhnt hat, auf die eigene Kraft und die Hilfe kampfmuthiger Genoſſen zu vertrauen, hinſichtlich der Möglichkeit anderer, friedlicher Sicherungsmittel aber nach dem Anerkenntniß der meiſten neueren Geſetzgebungen die Beſtürzung des Angegriffenen in billige Erwägung kommen muß, die ihn leicht das Nächſtliegende überſehen laſſen kann. Gleichwohl haben mehrere neueren Gbücher die Bedingungen der Nothwehr auf die gedachte Weiſe ausgedehnt [3]). Dabei iſt es indeſſen als ein allgemein angenommener Satz zu betrachten, daß eine ſchimpfliche Flucht dem ungerecht Angegriffenen (welches Standes er ſei) [4]) nicht zugemuthet werde, überhaupt keine, die ihm irgend rechtsgefährlich ſein könnte [5]). — Ebenſo unrichtig iſt es aber, Gewaltthaten nach bereits aufgehobenem Gefahrzuſtand unter die bloßen Grenzüberſchreitungen zu rechnen [6]), da vielmehr hier, wie in dem Falle, wo gegen einen noch gar nicht oder doch nicht unmittelbar drohenden Angriff, gegen welchen in der Regel noch Staatshilfe wird bewirkt werden können, Gewalt verübt wird, es an einer der Grundbedingungen der Nothwehr fehlt [7]). Lezteren Falls tritt das einfache Dilemma ein: entweder

---

1) Carpzov. qu. 29. n. 72. qu. 30. n. 8. 15. Böhmer med. ad art. 142. §. 3. i. f. u. beſ. Damhouder c. 76. n. 12.

2) ſ. das Bair., Wirtemb. u. Heſſ. GB. a. a. O. Thüring. Art. 66. bair. Mot. z. Art. 63—65. Breidenbach I. 1. S. 612—617. Heffter §. 43. n. 7. Henke I. 217. 218. vgl. Abegg S. 170. Jarcke I. 147. 151. 152. Marezoll S. 83. n. 3. ſ. aber denſ. S. 86. n. 4.

3) Preuß. LR. II. 20. §. 523. Hannövr. GB. Art. 78. Bad. §. 84. Das ſächſ. Art. 70 u. das braunſchw. §. 166 dürfen wohl zu denen gezählt werden, welche die Sache richtig auffaſſen, ebenſo der bair. Entw. Anders das öſtr. GB. ſ. Jenull a. a. O. Hye S. 201 unt. Ueber das preuß. vgl. Beſeler S. 189 mit Goldtammer I. 419. 420. (?)

4) ſ. freilich noch Grattenauer S. 146. 147.

5) ſ. zwar preuß. LR. a. a. O.: vgl. aber Heffter §. 43. n. 10. Wirt. Mot. §. 11 u. zu Art. 97. Braunſchw. GB. ed. Breym. S. 283. Weiß S. 297. Hufnagel I. 222. Breidenbach I. 1. S. 616. 617. Leonhardt I. 311. Anm. z. bair. GB. I. 311 f. Grattenauer S. 79 f. vgl. Goldtammer I. 420.

6) A. M. waren zwar auch Carpzov. qu. 30. nr. 43 sq. u. die von ihm Angef. (Ang. Aret., Gandinus u. A), ſowie Böhmer med. ad. art. 142. §. 3, jed. nur relativ. vgl. Carpz. ib. nr. 49. 50. Böhmer ib. §. 4. u. obs. 2. ad. qu. 30. obs. 1. ad. qu. 31 ꝛc. jetzt wieder Grolman §. 25. n. c. Heffter §. 44. Henke I. 222. ſ. jedoch l. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2) l. 1 C. quando lic. (3. 27) c. 18 X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Feuerbach §. 38. 39. n. 1. Jarcke I. 151 ob. Bauer §. 51. Luden I. 293. n. 6; unbeſtimmt dag. Henke I. 207. 217. 222 und noch mehr Marezoll S. 87. n. 3. Mittermaier n. 1. z. F. §. 39. Der richtigen Anſicht ſind alle neueren Gbücher wenigſtens indirekt. Ausdrücklich ausgeſprochen iſt jedoch der fragliche Satz nur in einigen. ſ. Bair. GB. Art. 133. Heſſ. Art. 53. Breidenbach I. 1. S. 634. 635. Leonhardt I. 335. 336 349. n. 6.

7) Verſchiedene Entſcheidungen deſſelben Falls geben Carpzov und ſeine Gewährsmänner qu. 29. nr. 64—70. 75 sq. qu. 30. n. 5 sq. Allein im Weſentlichen ſpricht doch Carpzov. qu. 29. n. 66 u. qu. 30. n. 8 ꝛc. ganz das Richtige aus, daß

war Anrufen der Staatshilfe noch möglich, — dann liegt für den, der es verſäumt hat, ein nudus praetextus defensionis vor; — oder jenes war nicht mehr möglich, resp. vergeblich verſucht, — dann kommt es ganz auf den konkreten Fall an, ob rechte oder überſchrittene Nothwehr anzunehmen iſt. Erſteres z. B. dann, wenn Amtspflicht den Bedrohten auf die kritiſche Stelle rief; Lezteres, wenn er übermüthig oder frivol der nicht abzuwendenden Gefahr ſich preisgab, während er ohne Schaden für Ehre oder Vermögen ihr ausweichen konnte [1]). — Darin iſt man jedenfalls ganz einverſtanden, daß, wo es von vornherein an einem ungerechten Angriffe fehlt, von keinem bloßen excessus def. die Rede ſein kann [2]). — Sonach bleiben die Fälle der mangelnden Bedingungen der Nothwehr auf die im §. 29 genannten Momente beſchränkt. — Allgemein zugegeben iſt der zweite im §. 30 angef. Fall der Ueberſchreitung: der Mangel am Maße der Vertheidigung [3]). Allein gerade in dieſem Punkte haben die neueren Geſetzgebungen zum Theil manche Mißgriffe begangen. Abgeſehen nämlich von dem öſtr. GB. und dem preuß. LR., welche die Frage theils ignorirten, theils in einem Geiſte behandelten, den man ſeitdem als veraltet anerkannt hat [4]), — iſt das bair. GB. (Art. 128) mit einer Spezifikation der Fälle vorangegangen, die ſchon an ſich, namentlich aber darum vom Uebel war, weil ſchon von der Art des Vertheidigungsmittels (abgeſehen von dem Maße ſeines Gebrauchs, worauf es doch allein ankommen kann) das Daſein eines excessus def. abhängig gemacht wurde [5]). Damit haben ſich jedoch andre neuere Geſetzgebungen nicht

---

es auf die Möglichkeit der Staatshilfe ankomme, und Böhmers Streit über das Wort excessus def., das bei Carpz. gerade den nudus praetextus bedeutet, iſt eben nur ein Wortſtreit; med. ad art. 142. §. 2. 3. vgl. Kress ad art. 142. §. 2. nr. 2.

1) Schwierige Lagen können hier allerdings vorkommen, z. B. wenn es nur gilt, einen ſterbenden Freund zum letzten Mal zu ſehen. Allzu lax iſt das bei Weiß S. 297 nr. 2. angef. Motiv der ſächſ. ſtänd. Schrift. ſ. dag. Breidenbach I. 1. S. 614–617.

2) Aeltere Kriminaliſten ließen ſich hier allerdings bedenkliche Ausnahmen zu Schulden kommen, beſ. beim Duell. ſ. auch Carpzov. qu. 29. nr. 75 sq. vgl. dag. Böhmer med. ad art. 142 §. 2. und vor Allem den Art. 142 der P.G.O. ſelbſt. Grattenauer S. 149 f. Henke I. §. 37. n. 1. Gegen Exzeß eines gerechten Angriffs iſt übr. Nothwehr allerdings zuläßig. ſ. o.

3) l. 9. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 54. §. 2 D. de furt. (47. 2). Coll. VII, 2. 3. l. 5 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1 C. unde vi (8. 4). c. 2. 3. 18. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Bair. GB. Art. 128. Sächſ. Art. 70. Wirt. Art. 103. Hannövr. Art. 79. Braunſchw. §. 166. Heſſ. Art. 49. Bad. §. 89. Thüring. Art. 66. ſ. übr. die neuen ſächſ. Motive S. 159 (?).

4) ſ. Jenull a. a. O., der das GB. beliebig ergänzt, und Beſeler S. 185. 186. ſ. dag. das revid. öſtr. GB. §. 2. g.

5) ſ. dag. ſchon die Aelteren, z. B. Damhouder c. 76. n. 16. Carpzov qu. 29. nr. 57 sq. qu. 30. nr. 2—4. 18 sq. ꝛc. Dem Ausdruck des bair. GB. hat ſich, wie es ſcheint, unbefangen das ſächſiſche Art. 70 (auch das braunſchw. §. 166) angeſchloſſen, das der richtigen Erklärung keine Schwierigkeit in den Weg legt. Anders verhält es ſich dagegen mit dem Wirt. Art. 103. nr. 2., dem hannövr. Art. 79, dem heſſ. Art. 49, dem neuen ſächſ. Entw. Art. 87. Vermieden iſt der Fehler vom bair. Entw. ſ. Sander im N. Arch. 1841. S. 72—74. Leonhardt I. 344—347. Zu leicht nimmt die Sache Breidenbach I. 1. S. 619. 620. ſ. auch Treſurt im N. Arch. 1838. S. 289. 290. und beſ. die bair. Mot.

begnügt, ſondern im Zuſammenhang mit älteren, die Nothwehr aus verſchiedenen Gründen verklauſulirenden Theorieen namentlich die Eigenthumsnothwehr bald dieſer, bald jener Beſchränkung unterworfen. Ausgehend von der unabweisbaren Forderung der Humanität, daß nicht die Tödtung eines Menſchen wegen einer ganz geringfügigen Eigenthumsverletzung geſtattet werden dürfe [1]), hat man vergeſſen, daß eben dieſelbe Forderung ſich auch für Angriffe auf andere Rechte geltend macht, falls nur ein ſehr unbedeutender Theil derſelben in Frage geſtellt iſt, daß aber der gedachten Forderung in allen Fällen durch die Vorſchrift einer mit der Größe und Gefährlichkeit des Angriffs in Verhältniß ſtehenden Vertheidigung überhaupt ſchon hinlänglich genügt wird [2]). Mit Verkennung theils des Werths des die ganze Exiſtenz der Perſönlichkeit im ſozialen Leben bedingenden Eigenthumsrechts [3]), theils der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts, vermöge welcher hier nie von einer Kolliſion verſchiedener Rechte (wie beim Nothſtande) die Rede ſein kann [4]), — kehrt man entweder zu der verlebten naturrechtlichen Theorie vom Unterſchiede erſetzlicher und unerſetzlicher Güter zurück und behauptet, daß alle und jede gewaltſame Vertheidigung eines erſetzlichen Guts an und für ſich eine Ueberſchreitung der Nothwehr enthalte [5]); oder man erkennt zwar auch für an ſich erſetzliche Güter das Recht der Nothwehr an, fordert aber wenigſtens Verhältnißmäßigkeit der Vertheidigung zu dem Werthe des bedrohten (geringfügigen) Guts [6]). Allein im erſten Fall verkennt man ganz und gar den unendlichen Werth des ruhigen Beſitzſtands an ſich; man verfälſcht den innerſten Kern des Rechts der Selbſtvertheidigung, welches gegenüber einem ungerechten Angriffe ſofort eintreten muß, ſobald keine zeitige Staatshilfe behufs der Abwehr des Angriffs ſelbſt möglich iſt [7]), wobei auf die Möglichkeit einer ſpäteren Wiederherſtellung durch Hilfe des Staats nichts ankommen kann, da ſonſt für ſolche Fälle das Unrecht gegen das Recht privilegirt wäre [8]); man giebt mithin einen höchſt gefährlichen Freibrief für alle erſetzbaren Eigenthumsbeeinträchtigungen, und ſetzt überdies eine ſchnöde Rechtsungleichheit zwiſchen Armen und Reichen feſt [9]); endlich läßt die ganze Beſtimmung dem richterlichen Ermeſſen einen bedenklichen Spielraum und kann zu höchſt ungleichen Ent-

1) vgl. die Autonomie von Speier 1304. c. 35. b. Lehmann IV. c. 16.
2) ſ. beſ. Sander S. 74—79. 108—110.
3) Darauf darf gerade in unſern Tagen beſonderer Nachdruck gelegt werden. vgl. Sander S. 79—82. Zachariä S. 426. 427.
4) N. Rev. S. 717. 718. Heffter §. 43. n. 4. Sander S. 105. Zachariä S. 428.
5) Wirt. GB. Art. 103. nr. 3 (welche Beſtimmung jedoch wiederum von Breidenbach I. 1. S. 620. nr. 3 theilweiſe ungerecht beurtheilt wird). Viel weiter gieng noch das preuß. LR. II. 20. §. 518, welches bei wiederherſtellbarem Schaden gar keine Nothwehr als vorhanden annahm.
6) Hannövr. GB. Art. 79. vgl. Leonhardt I. 344—347. Heſſ. Art. 49, 2. Bad. §. 87. 89. nr. 1. ſ. dag. preuß. GB., Goldtammer I. 366. 367. 420. 421. (j. 424. 425) die richtige Anſicht, jedoch eben nur für den strictissime genommenen Fall der Vertheidigung.
7) N. Rev. S. 732. Martin §. 45. n. 11. Marezoll S. 83. n. 3 (der aber S. 85. n. 2 mit größter Ungenauigkeit über die neueren Gbücher referirt). Sander S. 105. Trefurt a. a. O.
8) Zachariä a. a. O. S. 425. 427. Sander S. 110. 111.
9) Breidenbach I. 1. S. 620. n. 3. Sander S. 107.

ſcheidungen führen [1]). — Im zweiten Fall muß man entweder auf den abſtrakten Satz rekurriren, daß dem Angreifer kein größeres Uebel zugefügt werden dürfe, als dem Angegriffenen gedroht habe [2]), — ein Satz, der mit dem eigenſten Weſen der Nothwehr in Widerſpruch ſteht, Nothwehr und Strafe verwechſelt, und überdies praktiſch ohne alle Brauchbarkeit iſt; oder man fordert bloß ein angemeſſenes Verhältniß [3]), — dann iſt die ganze Beſtimmung für die Regel überflüſſig, weil der allgemeine Grundſatz über die Ueberſchreitung der Nothwehr genügt haben würde [4]), wogegen ſie in den ſeltenen Ausnahmsfällen [5]), wo lebensgefährliche Verletzung das einzige Abwehrmittel war, dem Angegriffenen offenbares Unrecht anthut oder die Anerkennung ſeines abſoluten Rechts wieder von der Diskretion kaltblütig urtheilender Richter abhängig macht [6]); — von Widerſprüchen und Zweifeln ganz zu ſchweigen, welche ſolche Beſtimmungen, ſelbſt in mildeſter Form, nothwendig mit ſich führen [7]). —

2) Ebenſowenig Uebereinſtimmung zeigt Doktrin und Geſetzgebung hinſichtlich der Beſtrafung der ſchuldhaften Nothwehr. Mit Recht hält erſtere von jeher den Unterſchied zwiſchen Mangel an Bedingungen und Ueberſchreitung rechter Nothwehr feſt [8]); nur freilich iſt die Entſcheidung oft deshalb falſch, weil der Unterſchied ſelbſt fehlgegriffen iſt. Aber auch hievon abgeſehen, iſt eine abſtrakte Unterſcheidung beider Fälle irrig, wenn ſie den Sinn haben ſoll, daß im erſteren überall keine Rückſicht auf das Verhältniß einer, wenn auch nur vermeintlichen Nothwehr genommen werden ſoll [9]). Von den neuern Gbüchern macht das Oeſtr. [10]) den Unterſchied gar nicht, wohl aber das preuß. LR.

---

1) ſ. überh. Sander S. 104—107. Nach der wirtemb. Praxis erſcheint die Beſtimmung nicht, wie Sander fürchtet, als eine Falle für den Bedrohten, wohl aber als unpraktiſch!

2) ſ. die ſtänd. Kommiſſion in Hannover. (Leonhardt I. 346 unt.) ſ. dag. Henke I. 211.

3) Die Auslegung des hannövr. GBs von Leonhardt I. 347. vgl. S. 337. 338 macht offenbar eine ganz unnöthige Einräumung im Sinne des preuß. LRs. vgl. d. bair. Mot. z. Art. 63—65.

4) Sander S. 108—111. Zachariä S. 428.

5) Zachariä S. 427. 429.

6) Dies überſieht Breidenbach I. 1. S. 620—622. vgl. v. Preuſchen Krit. d. heſſ. Entw. S. 20. 21.

7) Sander S. 82 f., was beſ. auf das bad. GB. §. 87—89 Anwendung leidet. ſ. auch Mittermaier n. 1. z. F. §. 38, der jedoch die Sache ſelbſt unentſchieden läßt. Thilo S. 126. 127. Am beſten Thüring. GB. Art. 66, 1. 67.

8) ſo im Weſentlichen ſchon die Aelteren. ſ. Carpzov. qu. 29—33. Böhmer med. ad art. 142. Die Auslegung der P.G.O. Art. 142 giebt hier kein entſcheidendes Reſultat, da die verſchiedenen Fälle promiscue aufgeführt werden. Nur das ergiebt der Art. a. E. ganz beſtimmt, daß, wo es an dem Requiſit des ungerechten dringenden Angriffs fehlt, die Beurtheilung ſtrenger ſein ſoll, als im Falle bloßer Ueberſchreitung.

9) ſo Feuerbach §. 39. n. 1. Bauer §. 51. 52. Martin §. 45. Grattenauer S. 149 f. Wächter I. §. 52. vgl. Breidenbach S. 614. ſ. dag. Henke I. 221. 222. Heffter §. 45 (der aber ſeinerſeits zu weit geht). Marezoll S. 87. n. 3. N. Rev. S. 734.

10) Bei Jenull II. 250. (vgl. Hye 201. 202?) löst er ſich ganz in einen quantitativen auf. Das preuß. und thüring. ſprechen bloß vom Exceß. Die bair. Mot. ebenſo. Der neue ſächſ. Entw. Art. 94 (Mot. S. 162) wirft beides zuſammen.

(II. 20. §. 518. 524), das bair. GB. (Art. 125. 127 ff.), das Sächſ. (Art. 70. 71), Wirtemb. (Art. 102. 103), Hannövr. (Art. 78. 79), Braunſchw. (§. 166. 167), Heſſ. Art. 46. 48. 49), Bad. (§. 84. 89). Dabei iſt aber wohl zu bemerken, daß der praktiſche Effekt nach dieſen Geſetzen ein verſchiedener iſt, da einige derſelben [1]) zum Theil zu den Bedingungen der Nothwehr rechnen, was andere als bloßes Objekt der Ueberſchreitung anſehen. Aber auch hievon abgeſehen, iſt es eine übertriebene Strenge, wenn ſelbſt diejenigen Geſetze [2]), welche die Bedingungen der Nothwehr in die richtigen Grenzen einſchließen, die Fälle, wo nicht alle Bedingungen der rechten Nothwehr vorhanden waren, gleich behandeln, während doch ein bloß übereiltes Verfahren von einem durch gar keinen ungerechten Angriff gerechtfertigten in der Strafbarkeit ſehr wohl zu unterſcheiden iſt [3]). — Was aber ferner den excessus defensionis betrifft, ſo zeigen auch hierüber die neuen Geſetzgebungen ſehr verſchiedene Anſichten. Darin zwar ſtimmen die meiſten überein, daß ſie dem Richter gebieten, ſich in die Umſtände des Falls hineinzudenken, und in Berückſichtigung des gerechten, durch den Angriff hervorgerufenen Affekts ſelbſt völlige Strafloſigkeit in Ausſicht ſtellen [4]). Wo nun aber der Exzeß als ſtrafbar [5]) angenommen wird, da iſt die Behandlung ſehr verſchieden [6]). Das ſächſ. GB. vertraut Alles dem richterlichen Ermeſſen an [7]). Auf die allgemeinen Grundſätze über die ſtrafrechtliche Behandlung des den Nothwehrexzeß darſtellenden doloſen oder kulpoſen Vergehens verweiſen [8]) die Gbücher von Baiern (Art. 132), Wirtemb (Art. 103), Hannover Art. 79), Braunſchweig (§. 167), Baden (§. 90. j. §. 92). Auch das Preuß. und Oeſtr. ſind ſo auszulegen [9]). Hievon gehen jedoch mit Recht das heſſiſche und (relativ) das badiſche GB. ab, indem erſteres (Art. 52) zwar für den doloſen Exzeß daſſelbe vorſchreibt, wie das bairiſche, dagegen für den

1) z. B. das hannövr. GB. Art. 78; das bad. §. 84. vgl. Preuß. LR. II. 20. §. 523.

2) z. B. das bair., ſächſ. (freilich etwas vag), braunſchw. (ebenſo), wirtemb., heſſ. vgl. beſ. Breidenbach I. 1. S. 614. 615.

3) In dieſem praktiſchen Punkte wäre eine Rekapitulation der älteren Doktrin ſehr empfehlenswerth.

4) Rev. Oeſtr. GB. §. 2. g. Bair. GB. Art. 130. 131. Hannövr. Art. 79. Braunſchw. §. 167, 2. Bad. §. 91. Preuß. §. 41. Thüring. Art. 67. Bair. Entw. Art. 64. — Anders das ſächſ. Art. 71, wirtemb. Art. 103, heſſ. Art. 51; ſ. aber Breidenb. I. 1. S. 627 und Hufnagel III. 134. vgl. üb. Hannover Leonhardt I. 348.

5) Sei es als dolos oder als kulpos (in dieſem Punkte hat Carpzov gegen Böhmer mit Recht bei der Nachwelt Recht behalten). ſ. übr. auch noch d. Wirt. Mot. z. Art. 230 u. Hufnagel II. 35.

6) Am einfachſten wieder im älteren öſtr. u. im preuß. GB., welche ganz über die Frage weggehen. vgl. aber die Auslegung von Jenull II. 250 u. Beſeler S. 189. Goldtammer I. 422 (?) u. das rev. öſtr. GB. Hye 203—206.

7) Weiß S. 298. 299.

8) Das bair. u. badiſche GB. (ſoweit dieſes überhaupt hieher gehört), ebenſo vermöge ſeiner Unbeſtimmtheit das preußiſche umfaſſen nun wenigſtens jeden Exzeß, auch einen nicht in Tödtung od. Körperverletzung beſtehenden. Das braunſchw. mußte ſich bei ſeiner falſchen Stellung der ganzen Materie natürlich auf einen ſolchen beſchränken. Ganz ohne Noth geſchah dies aber auch im hannövr., wirtemb. u. öſtr. ſ. dag. Leonhardt I. 349. 350. vgl. Hufnagel I. 224. II. 522. III. 132—134. 320. Breidenbach 632. n. 1. Hye 206.

9) A. M. Goldtammer I. 422. ſ. dag. Beſeler u. Hye a. a. O.

kulposen eine eigene, mildere Strafe anordnet [1]), lezteres dagegen zwar bei Ueberschreitung der Eigenthumsnothwehr nur von unentschuldigter doloser Tödtung oder lebensgefährlicher Verletzung spricht und sonst den vorsätzlichen Exzeß der Nothwehr überhaupt nach den Umständen zum dolus oder zur culpa zugerechnet wissen will [2]), dabei aber für eine im Exzeß verübte Verletzung überhaupt einen Strafmilderungsgrund aufstellt (§. 89. 90. 92). Legislativ am empfehlenswerthesten erscheint die Bestimmung des thüring. Gbs., welches den Exzeß überall milder bestraft wissen will [3]).

3) Noch haben einige Gesetzgebungen besondre Bestimmungen über den Beweis der Nothwehr aufstellen zu müssen geglaubt; so namentlich die P.G.O. Art. 141—143, und neuerdings das bair. GB. Art. 134. 135 [4]). Allein die Vorschriften der P.G.O. haben mit dem Abkommen der Verfahrensart, worauf sie begründet sind, alle praktische Anwendung verloren, und die im bair. GB. aufgestellten Grundsätze über Beweislast und Präsumtionen bei der Nothwehr erscheinen nur als unpraktische Reste jener älteren Anschauungsweise [5]), während die große Mehrheit der heutigen Schriftsteller mit Recht den Beweis der Nothwehr unter die gewöhnlichen Grundsätze über den Beweis verweist [6]). Ganz besonders unpassend aber ist die im bair. GB. Art. 136 getroffene Bestimmung, daß derjenige, welcher eine in der Nothwehr ausgeführte Tödtung oder Verwundung nicht schleunigst der nächsten Obrigkeit anzeigt, die Vermuthung überschrittener Nothwehr wider sich haben soll. Hierin ist kein neueres GB. nachgefolgt [7]); wohl aber mehrere darin, daß sie auf die Unterlassung solcher Anzeige Strafe dohen [8]), eine Bestimmung, die nur einen polizeistrafrechtlichen Charakter hat [9]), im hannövr. GB. Art. 87 aber eine dem innersten Wesen der Nothwehr (s. Art. 78) widersprechende, jedoch eben deshalb praktisch ganz ohnmächtige [10]) kriminelle Färbung trägt. Lezterer Gesichtspunkt ist an sich wider-

---

1) Breidenbach I. 1. S. 627—631.

2) vgl. Hufnagel III. 132—134. Vhdl. d. Abg. in Wirt. Sitz. 46. S. 52—56. Die Bestimmung des bad. GBs ist jedenfalls verkehrt. Dagegen hat der von Hufnagel angeregte Zweifel allerdings Sinn, ob eine im kulposen Exzeß begangene Tödtung ꝛc. wirklich als kulpose Tödtung betrachtet werden dürfe? Er ist jedoch unbegründet. Denn das dolose Element in der unmittelbar verübten Verletzung wird durch den kulposen Ursprung der ganzen Handlung aufgezehrt.

3) vgl. den bair. Entw. Art. 65. Kurhess. Entw. §. 79.

4) s. auch l. 1. C. ad. l. Corn. de sic. (9. 16). Die Modifikationen der Beweislehre infolge der immer einseitigeren Durchführung des Untersuchungsprinzips machten dabei den älteren Kriminalisten viele Mühe, die jetzt als ganz veraltet erscheint. s. bes. Carpzov u. Böhmer l. c. vgl. Damhouder c. 76. nr. 22—30. Kress ad CCC. art. 141—143. Quistorp de moder. inc. tutelae probatione. Kees de pericul. aggressu rite probato ꝛc. Heißler jurist. Abh. Samml. 2. nr. 2.

5) ebenso die Darstellungen von Fichte Nat. R. II. 87 f. Henke I. §. 37. Feuerbach §. 39. Grattenauer S. 155 f.

6) Martin §. 45. n. 19. 20. Jarke I. 152. Hefftter §. 45. n. 1. Marezoll S. 87. n. 3. Abegg S. 171. Luden I. 303.

7) auch der neuste bair. Entw. nicht. vgl. Leonhardt I. 353. n. 1.

8) Wirt. GB. Art. 105. Hannövr. Art. 81. Braunschw. §. 167. vgl. Preuß. Entw. v. 1817. §. 57. vgl. aber Beseler S. 189. Sehr verworren referirt hierüber Mittermaier n. 4. z. F. §. 39.

9) Leonhardt I. 353. n. 2. Neuste Bair. Mot. vgl. Beseler a. a. O. u. Breidenbach I. 1. S. 632. 633.

10) Leonhardt I. 352—354.

ſinnig [1]), aber auch der reinpolizeiliche dürfte ſich kaum empfehlen laſſen, ausgenommen etwa für den im Wirt. GB. beſonders hervorgehobenen Fall, daß der Thäter einen Unſchuldigen in Unterſuchung gezogen weiß [2]).

II. Beſonderung des Rechts dem Inhalte nach.

§. 31.

Darin, daß das Recht formell zum poſitiven wird, liegt (§. 9) auch das Weitere, daß es hiemit die Sphäre der quantitativen und qualitativen Beſtimmtheit beſchreitet. Es beſondert ſich hiernach zu verſchiedenen Arten und Größen, in welchen es allein der Verletzung fähig iſt [3]). R. Rev. S. 43—45.

§. 32.

Hiemit tritt das Recht ins Daſein ſtets als die Beſtimmtheit irgend einer konkreten Exiſtenz, an der es eben ihre ſittliche Allgemeinheit ausmacht. Seine Beſtimmungen, ſowohl in Beziehung auf das Ganze der Rechtsordnung als auf die Einzelnen, zerlegen ſich in lauter beſondere Rechte, welche irgend welche Beſtimmungen eines (dem Verletzer) fremden Willens darſtellen, deſſen Freiheit darin Geltung hat. In dieſem konkreten Daſein des Rechts liegt nun die Möglichkeit, — a) an einem äußeren Beſitze ſeine Erſcheinung zu haben, ſo daß ſeine Verletzung nicht möglich iſt, ohne zugleich eine Verletzung dieſes äußeren Beſitzes, eine unmittelbare oder mittelbare Vermögensbeeinträchtigung in ſich zu ſchließen, b) einen individuellen Willen zum Medium zu haben, der um den Inhalt des Rechts wiſſen oder nicht wiſſen und im erſteren Falle ſeinen faktiſchen Willen mit dem weſenhaften (in der Natur des Rechts liegenden) in Eins ſetzen oder nicht in Eins ſetzen kann, c) als ein beſtimmtes beſonderes und beſchränktes Daſein der Freiheit mit einem höheren und allgemeineren in Kolliſion zu gerathen.

---

1) ſ. freilich auch Hufnagel III. 136. 137.

2) Breidenbach S. 633. n. 1. Wenn übr. Breidenbach u. A. meinen, daß die fragliche Beſtimmung „eine mit Nichts zu rechtfertigende Bereicherung des gem. Rechts darſtelle," ſo vergeſſen ſie, daß dieſelbe — und zwar gerade in dem prägnanten Sinn, den ſie im bair. GB. hat, — allerdings gerade mit dem älteren deutſchen Rechte, wie es der Sachſ. Sp. darſtellt, ſehr genau zuſammenhängt! —

3) Wirth Ethik II. 280—300. vgl. Hegel §. 96. Das Nähere ſ. im beſ. Theil.

Dritter Abſchnitt.

Konkreter Inhalt des Verbrechens als Rechtsverletzung.

§. 33.

Das Recht kann hiemit überall nur im äußeren, formell und materiell beſtimmten Daſein verletzt werden, d. h. ein Recht, welches Gegenſtand einer Verletzung werden ſoll, muß 1) ein poſitiv in dem Rechte eines beſtimmten Staats anerkanntes, 2) ein nach Art und Größe beſtimmtes, in konkretem Daſein hervortretendes ſein. Allein mitten in dieſer Beſonderung und Vereinzelung bleibt es eben nur die Subſtanz des Rechts ſelbſt, welche den weſentlichen Angriffspunkt für das Verbrechen ausmacht. Hiernach beſtimmt ſich das Verhältniß beider Momente folgendermaßen noch näher. (§. 9. 10. 31.)

I. In formeller Hinſicht.

§. 34.

Es giebt kein Verbrechen, wo nicht die Uebertretung eines Geſetzes (im w. S.) vorliegt. Allein die förmliche poſitive Satzung ſchafft nicht erſt das Verbrechen (vgl. den Gegenſatz §. 18) [1]). Sie erkennt nur das Anſichſeiende an und beſtimmt es nach den räumlichen und zeitlichen Bedingungen, wodurch ſie bedingt iſt (§. 13. 14). Nicht die Uebertretung eines Geſetzes als ſolche macht daher das weſentlich Verbrecheriſche aus, ſondern die darin liegende Verletzung der Rechtsſubſtanz ſelbſt, woraus ſich die Grundſätze über Rechtsunwiſſenheit und Rechtsirrthum (ſ. u.) ergeben. N. Rev. S. 658.

II. In materieller Hinſicht.

§. 35.

Das Recht kann zwar immer nur als ein konkretes Daſein verletzt werden. Aber in dieſer Verletzung iſt 1) die Beſchädigung an dem äußerlichen Daſein und Beſitze nicht das weſentlich Verbrecheriſche, ſondern macht nur eine Modalität am Begriffe des Verbrechens aus. Ihrem Weſen nach fallen daher dieſe Folgen des Verbrechens dem bürgerlichen Rechte und dem daſelbſt wirkſamen Entſchädigungszwang anheim; dagegen machen ſie allerdings zugleich

1) vgl. Mittermaier im N. Arch. 1848. S. 185—189.

an der quantitativen Seite des Verbrechens wenigstens ein Moment aus und sind insofern auch im Strafrechte zu berücksichtigen.

Die Geschichte des römischen, wie des deutschen Strafrechts zeigt allerdings theilweise ganz andre Ansichten als herrschend. In jenem ist trotz aller Ausgleichung in der Kaiserzeit der ursprünglich republikanische, auf die Inkorporation des Staatswillens in dem Willen seiner Bürger gegründete Gedanke des Privatstrafrechts, eben hiemit aber die Vermengung der Begriffe von öffentlicher und Privatgenugthuung (Strafe und Schadensersatz) nie ganz verloren gegangen. Dagegen ist zwar eine lange Periode der deutschen Strafrechtsgeschichte von dem Bußsysteme beherrscht gewesen, in welchem gleichfalls jene Begriffe nicht ausgeschieden waren (wenn gleich in andrer Modifikation); allein der wesentliche Fortschritt des deutschen Strafrechts unter den Auspizien des zur Entwicklung gediehenen modernen Staats machte sich gerade vornämlich in der immer entschiedeneren Beschränkung der Begriffe von Privatdelikt und Privatstrafe [1]), positiv in der immer klareren Auseinandersetzung der Begriffe der öffentlichen und Privatgenugthuung (der Strafe und des Schadensersatzes) geltend. Die neueren Gesetzgebungen sprechen diese Einsicht mit voller Entschiedenheit aus [2]).

§. 36.

2) Ebensowenig bildet die Verletzung des individuellen Willens, der als Träger des angegriffenen Rechts erscheint, das wesentlich Verbrecherische. Gleichwohl wird auch diese Beziehung zu einer für die quantitative Seite des Verbrechens bestimmenden Modalität in dem Falle, wo der Thäter die Verletzung einem Einwilligenden zufügt [3]). Natürlich bezieht sich dies vor allem nur auf die Verletzung solcher Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen,

---

1) N. Rev. S. 907. 908. u. unten §. 112. Anm. 2.

2) Bair. GB. Art. 1. vgl. Code pén. art. 10. Wirt. Art. 7. Hannövr. Art. 28. Hess. Art. 6. Oestr. §. 42. Preuß. §. 6 (Beseler S. 81. vgl. aber Goldtammer I. 76. 77).

3) Bonifacius s. malef. de insultu n. 36. Damhouder c. 88. n. 11. Jac. de Bellovisu Pract. enim. i. c. 3. nr. 37. 39. 40. Kress ad CCC. art. 134. §. 4. n. 2. Leyser Sp. 596. med. 10. Matth. de crim. Proleg. c. 3. n. 3. Böhmer Obs. qu. 27. obs. 2. i. f. u. Med. ad art. 137. §. 3. Rhetz J. feud. I. tit. 5. p. 234 u. die Citate bei Kress. Püttmann Elem. §. 284. Link de homic. in vol. comm. §. 18. Renazzi Elem. p. 51 sq. Cremani I. c. 8. §. 72. Krug Bruchstücke ꝛc. Samml. II. nr. 7. S. 81—86. Tittmann I. §. 36. Thibaut Krit. v. Feuerb. S. 29 ff. Grolman §. 26. 141. Feuerbach 1. A. §. 40; später (anders) §. 35. Gros Nat.R. §. 32. 85. Stübel Thatbestand §. 106 u. N. Arch. IX. 551 ff. Stelzer LB. §. 441. n. a. Klein Grundsätze §. 293. Martin §. 42. n. 9. Schröter §. 52. Roßhirt LB. §. 38. Entw. §. 57. Henke I. 231—236. Henrici Begründung d. Rechtslehre II. 372. Bauer LB. §. 49. Anm. z. hann. Entw. S. 527. Wächter I. §. 59. Jarcke I. 108 ff. Abegg LB. §. 102. Unterf. S. 62—72. G. L. Gravere an inj. vol. facta poenis. sit coërc. Gron. 1825. Hepp im N. Arch. XI. 65 f. 239 f. Hefftter §. 38. Marezoll S. 79. 80. Luden Abh. II. 411 ff. Hdb. I. 315 ff. Rossi Traité II. p. 138. 139. Schaffrath Grundwissenschaft ꝛc. S. 223 f. Mittermaier u. Morstadt z. F. §. 35. Wirth Ethik II. 280.

da nur bei dieſen die Möglichkeit eines Verzichts überall denkbar iſt. Auch hier jedoch kann von einer unbegrenzten Verzichtsbefugniß nicht die Rede ſein. Denn der Begriff der Perſönlichkeit mit ſeinen weſentlichen Momenten (Leben, Freiheit, Ehre, geiſt-leibliche Integrität, Eigenthum) iſt ein von dem individuellen Belieben ſeines Trägers unabhängiger und unveränderlicher, und nur er iſt das wahre Objekt der Verletzung bei den ſog. Privatverbrechen. Würde daher auch ein Individuum auf die gedachten Rechte reſigniren und Einem oder Allen ihre Verletzung geſtatten, ſo bleibt dieſe Verletzung gleichwohl Unrecht gegen den dem unvernünftig wollenden Individuum immanenten Begriff der Perſönlichkeit. Auch kann zwiſchen jenen Rechten nicht ſo unterſchieden werden, als ob die einen unveräußerlich, die andern aber veräußerlich wären. Vielmehr iſt jedes derſelben für unveräußerlich zu halten. Allein dieſe Beſtimmung trifft nur die Subſtanz des Rechts, nicht aber einzelne Anwendungen des Rechts, ſoweit ſie von jener abgelöst und mithin abgetreten werden können, ohne derſelben Eintrag zu thun. Sofern und ſoweit Letzteres möglich iſt, kann auf Seiten deſſen, der ſich eine ſolche Abtretung zu Nutz macht, natürlich von gar keinem Unrecht die Rede ſein. Allein auch bei Verletzungen, welche nicht auf dieſe Weiſe zu erlaubten Handlungen werden, erſcheint doch immer infolge der vorausgegangenen Einwilligung des individuellen Trägers des Rechts das Unrecht geringer, als wenn der ſubſtantielle und der aktuelle Wille der Perſon zugleich verletzt werden. Natürlich muß aber in beiden Fällen die Einwilligung von einem eines wahren Willens Fähigen ausgegangen und ernſtlich gemeint geweſen ſein. — Fällt der Verletzende mit dem Einwilligenden zuſammen, d. h. begeht Jemand eine ſolche Verletzung an ſich ſelbſt, ſo bleibt zwar die Unſittlichkeit dieſelbe, aber ſie tritt nicht in die ſoziale Sphäre heraus und wird daher kein Gegenſtand für die Reaktion von Seiten des Staats, der ſie den ſubjektiv ſittlichen Mächten (Gewiſſen, Familie, Kirche ꝛc) zur angemeſſenen Behandlung anheim zu ſtellen hat [1]). N. Rev. S. 683—691.

---

1) J. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. 37. Damhouder c. 88. Menoch. de arb. jud. quaestionib. II. cas. 284. Carerius Pract. nova. tract. de homic. 2. nr. 123—127. Carpzov qu. 2. nr. 25 sq. qu. 131. nr. 48 sq. Heig quaest. II. qu. 36. nr. 31 sq. Matth. Prol. c. 3. n. 4 u. ad l. 48. Tit. 5. c. 1. nr. 9 sq. Peregrinus de j. fisci. L. IV. tit. 4. nr. 4 seq. Gometz de delictis c. 3. nr. 14. Berger Electa I. p. 97. — Fabrotus in Otto thes. V. p. 1189. Bynckershoek Obs. IV. 4. Wrisberg de eo quod just. est c. autochir. 1740. Crell ad l. 3 de bon. cor. 1731. Gerhard de crim. et poen. propricidii 1738. Winkler de mort. volunt. prohib. 1775. v. Hoogverff in Oelrichs thes. III. Tom. 2. p. 99 sq. Link l. c. §. 9. n. 2. Hermann de autochiria. 1819. Scheidler de morte volunt. 1822. Redding de vi atque effectu mort. Gron. 1823. Stäudlin Geſch. der Vorſtell. v. Selbſtm. 1824.

1) Auch in der früheren Doktrin wurde zwar die Frage aufgeworfen und keineswegs gleichförmig beantwortet [1]): aber es geschah nur in vereinzelter Weise und ohne Bewußtsein von der Tragweite derselben. Dieses Bewußtsein fand sich erst mit der philosophischen Auffassung des Strafrechts ein. Allgemein anerkannt ist zuvörderst, daß sich der ganze Streit nur auf die Verletzung solcher Rechte beziehen könne, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, da andre Rechte begreiflicher Weise, wenn auch ihre Verletzung die Person zum Medium ihrer Erscheinung hat, niemals von einem Verzichte der Person abhängen können [2]). Bleibt man nun aber bei jenen Rechten stehen, so sollte man von den Anhängern der Kantischen Philosophie die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes erwarten, daß alle Rechte der Person rechtlich verzichtbar, Verletzungen solcher aufgegebenen Rechte aber nicht möglich seien, weil nach jener Ansicht der ganze Rechtsbegriff sich überhaupt nur auf das Verhältniß der einen Person gegen die andre beziehen soll [3]). In der That haben auch Mehrere konsequent darauf bestanden [4]), daß das moralische Gebot der Nichtveräußerung des Urrechts und seiner Konsequenzen ohne rechtlichen Effekt sei, daß zwar auch in der reinrechtlichen Sphäre von einer bindenden Uebertragung dieser Rechte auf einen Andern nicht die Rede sein könne [5]), wohl aber von einer Dereliktion, vermöge welcher das preisgegebene Recht solange als nicht existent zu betrachten sei, als nicht der Verzichtende seinen Verzicht zurückgenommen habe. Sie haben daher, abgesehen von einem solchen Widerruf, die Giltigkeit des Satzes: Volenti non fit injuria in vollstem Maße behauptet und nur beigefügt, daß, wie die Dereliktion

---

v. Baumhauer de mort. volunt. Traj. 1842. besonders aber Wächter im N. Arch. X. 72 f. 216 f. 634 ff. — vgl. noch Schulting ad Paul. V. 31. n. 11. Kress u. Böhmer ad CCC. art. 135. Eckhard herm. jur. §. 138. Koch inst. j. crim. §. 513. 514. Grolman §. 283. Feuerbach §. 241 f. Schröter §. 50—52. Tittmann §. 544. Bauer §. 160. Stübel N. Arch. IX. 565 f. Martin §. 42. n. 9. §. 259. Henke I. §. 38. Abegg Unterf. S. 73 f. Lb. §. 103. Wächter Lb. I. §. 58. Jarcke I. 108. III. 331—342. Roßhirt Entw. S. 338—342. Heffter §. 225 ff. Marezoll S. 342. 343. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 319 ff. Rein S. 883—886. Falck im N. Arch. XI. 143 f.

1) f. Kress, Leyser, Böhmer, Matthaeus etc. l. c. vgl. Luden Abh. II. 460. 461. n. 1.

2) z. B. Familienrechte (bei der Entführung), Rechte der bürgerlichen Gesellschaft (bei der Brandstiftung), Rechte des Staats (beim Duell) u. s. f. Andre schieben hier wieder allerlei vage Begriffe von Gemeinwohl, Sittlichkeit, Polizei, Gesetzesverbrechen u. dgl. unter. Tittmann geht allerdings über diese Grenze hinaus; allein ebenso prinzipios ist die Polemik gegen ihn von Hepp N. Arch. XI. 67—70. vgl. dag. die scharfsinnigen Bem. v. Stübel eb. IX. 584—586.

3) Gros Naturrecht §. 32. 79. 85. n. 2. vgl. §. 184. Maaß, Nat.R. §. 98. n. a. Zachariä Philos. Priv.R. §. 4. Anm. Bauer NaturR. §. 20. 67. vgl. Kant selbst p. XXXI sq.

4) s. Feuerbach 1 Ausg. §. 40. Anm. Stübel Thatbestand §. 106. N. Arch. IX. 555—578. Schröter §. 52. Tittmann I. 36. Klein Grundsätze d. peinl. R. §. 293. v. Globig System einer Gesetzgebung I. 3. nr. 3. a. v. Soden Geist d. peinl. Gesetzgeb. §. 200. Wächter I. §. 59. Luden Abh. II. 411 f. s. aber Hdb. I. 315 ff.

5) Gänzlich mißverstanden von Hepp N. Arch. XI. 74. 75. n. 1. S. 91—97. Besser Luden a. a. O. S. 414—417. Morstadt n. 1. z. F. §. 35. vgl. N. Rev. S. 687. 688.

ſelbſt, ſo auch die Theilnahme eines andern daran [1]) wegen nachtheiligen Einfluſſes auf das Staatswohl als Polizeivergehen mit Strafe zu bedrohen ſei [2]). Gleichwohl ſind ausgezeichnete Juriſten dieſer Schule hievon abgewichen und haben zwiſchen den Rechten der Perſon inſofern unterſchieden, daß ſie das Urrecht mit ſeinen Konſequenzen (Leben, Geſundheit, Freiheit) für unveräußerlich, ſolchenfalls alſo den Satz: Vol. n. fit inj. für unanwendbar, — die übrigen aber für veräußerlich erklärten [3]). In der That konnten auch dieſe ſich auf Kant [4]) berufen, da vermöge der ganzen Anlage ſeiner praktiſchen Philoſophie Recht und Moral keineswegs ſcharf genug getrennt waren, namentlich die Idee der Perſönlichkeit und des angebornen Rechts eine Zwitterſtellung zwiſchen beiden Gebieten hatte, vermöge deren ſie bald von der allgemeinen Vernunft, bald von der Freiheit des Ichs reklamirt werden konnte. Die Konſequenz des Prinzips war nun allerdings auf Seite der Erſtgenannten. Allein eben die extreme Konſequenz der abſoluten Scheidung des Rechts von der Moral durch Fichte führte zu dem großen Umſchlag in der deutſchen Philoſophie, infolge deſſen beide Begriffe zunächſt in Einen vermengt wurden, und ſomit jener Grundſatz allen Boden unter ſich zu verlieren ſchien [5]). Wie indeſſen in dem allgemeinen Verlauf der neueren Philoſophie jenes Amalgam der ſubj. und obj. Sittlichkeit (Moral und Recht) ſich wieder — in neuer Weiſe — zu ſcheiden anfieng, ſo haben auch die auf ihrem Boden ſtehenden Juriſten den Satz: vol. ꝛc. nie ganz fallen laſſen und nur ſeine Gränzen ſchärfer zu beſtimmen geſucht. Die richtige Beſtimmung des Verhältniſſes giebt nun der §. an [6]). Daraus ergiebt ſich, daß durch die Feſtſtellung der abſoluten Rechte der Perſönlichkeit die Freiheit des Individuums keineswegs durchaus aufgehoben

---

1) Dieſer Geſichtspunkt war allerdings ein verfehlter. Arrêts d. franz. Kaſſ.hofs bei Hélie V. 225 sq. Luden Abh. II. 418. n. 4 (der aber einen ſchiefen Grund angiebt, wie auch Hepp S. 76—79).

2) ſo auch Hélie V. 228—246. Zu Grunde ſcheint dieſer Gedanke auch ſchon zu liegen bei Bonifacius u. Jac. de Belvisio l. c. Bajard. ad Clar. V. §. injur. n. 8 u. Boss. ib. cit.

3) Grolman §. 26. 141. Feuerbach §. 35. Martin §. 42. n. 9. Bauer §. 49. n. 2. vgl. Hoffbauer Unterſ. üb. Naturrecht. S. 121 f. v. Zeiller nat. Priv.R. §. 39. beſ. Schmid Grundriß d. Nat.R. §. 199—221. Angedeutet iſt dieſe Löſung der Frage ſchon bei Matthaeus l. c.

4) Metaphyſ. Anf.Gründe p. XLIII—XLVII. 95. 96. Die Inkonſequenz der Unterſcheidung zwiſchen unveräußerlichen u. veräußerlichen Rechten aufzudecken, war nach Stübels Vorgang nicht mehr ſchwer.

5) Von dieſen Bewegungen hat die Kritik bei Hepp S. 65 ff. keine Ahnung, daher auch die eigene Ausführung S. 254 f. ſo gedankenleer ausfällt.

6) Noch gar nicht aufgefaßt erſcheint dieſer Gedanke bei Henke I. §. 38, der im Weſentlichen ganz noch Stübel folgt. ſ. dag. Abegg Unterſ. S. 62—72. LB. §. 102, N. Arch. IX. 626 (wo freilich der Rechtsbegriff in ſittlich-myſtiſchen Nebel überſchwebt, ſ. Luden Abh. II. 417. n. 2) u. Jarcke I. 108. Außerordentlich unbeſtimmt iſt zum Mindeſten die Darſtellung bei Hefftter §. 38. vgl. Marezoll S. 79. 80. — Nicht nur aber verwäſſert, ſondern in's Falſche verzerrt iſt jener Gedanke bei denen, welche der Subſtantialität des der Perſönlichkeit eingeborenen Rechtsbegriffs das fade Raiſonnement unterſchieben, daß es ſich hier allerdings von Privatrechten handle, deren Verzichtbarkeit von rechtlicher Seite nichts im Wege ſtehen würde, daß aber der Staat um des Gemeinwohls willen hier eingreifen und ſolche Verzichte für nichtig erklären müſſe (Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 137—139. Hepp a. a. O. S. 254 ff. Luden Hdb. I. 315—323). Denn man möchte eben wiſſen, woher der Staat das Recht nimmt, hier einen Riegel vorzuſchieben?

wird, wenn auch gleich nicht etwa die Rede davon ſein kann, jene Rechte in unveräußerliche und veräußerliche einzutheilen. Vielmehr äußert ſich die Freiheit des individuellen Trägers des Rechts in einer doppelten Abſtufung. Sie kann a) den Begriff des Verbrechens ſelbſt aufheben, indem ſie einzelne Anwendungen des Rechts, die von der Subſtanz deſſelben abgelöst werden können [1]), gegen Andre freigiebt, welchenfalls dieſe kein Recht verletzen, ſondern eine erlaubte Handlung begehen. Dies tritt unbedingt ein bei Rechten, deren Ausübung theilbar iſt, wie bei der Freiheit und dem Eigenthum [2]), dagegen unbedingt nicht bei dem untheilbaren Rechte des Lebens [3]). Eigenthümlich verhält es ſich mit der Geſundheit und der Ehre [4]). Das Recht auf die erſtere kann nicht als ſelbſtändiges in Betracht kommen, da eine Preisgebung deſſelben der Subſtanz nach im Unterſchiede von einem bloß relativen Verzichte praktiſch nicht wohl denkbar iſt. Dieſes Recht iſt daher vielmehr mit dem Recht auf Leben auf die Weiſe in Verbindung zu ſetzen, daß es ſich dazu verhält, wie das Recht auf einzelne Eigenthumsgegenſtände oder Freiheitsanwendungen zu dem Rechte der Eigenthumsfähigkeit oder Freiheit im Ganzen. Es wird daher hier die individuelle Diſpoſitionsbefugniß der Regel nach anerkannt und nur dann als dem der Perſon immanenten allgemeinen Willen widerſprechend ausgeſchloſſen werden müſſen, wenn es ſich um lebensgefährliche oder unheilbare Geſundheitsverletzungen handelt [5]). Bei der Ehre [6]) ſcheinen ſich verſchiedene Geſichtspunkte entgegen-

1) Ganz nahe dem Richtigen kam ſchon Schmid a. a. O.

2) Beim Eigenthum ſtimmen (ſo oder ſo) Alle zuſammen. Ebenſowenig ſollte aber hinſichtlich der Freiheit gezweifelt werden, da die gänzliche Preisgebung derſelben völlig unpraktiſch iſt, eine relative aber ſelbſtverſtändlich die Möglichkeit des crimen vis aufhebt.

3) Dies iſt von den Meiſten anerkannt, ſofern ſelbſt viele Anhänger der Kantiſchen Philoſophie das Recht auf das Leben mit Matthäus zu den unveräußerlichen zählten, aber auch die Uebrigen, wie Stübel, die Tödtung eines Einwilligenden wenigſtens unter die Polizeiverbrechen geſtellt wiſſen wollten, während wieder Andere, wie Trummer, Hepp, Roßhirt ꝛc. ſich ſchlechtweg auf das aus irgend welchen Gründen erlaſſene Staatsverbot, auf die Gemeingefährlichkeit, auf die boni mores od. auch wohl auf die 10 Gebote berufen. Einfacher war es, mit älteren Juriſten Wahnſinn des Einwilligenden zu fingiren!

4) Eine Spur zum Richtigen, aber ſogleich wieder verlaſſen, ſ. bei Hepp S. 91 ob. — vgl. die Bem. v. Jagemanns N. Arch. 1844. S. 7—9. 13 ff.

5) Dieſer Punkt gehört zu den ſchwierigſten. Aber gerade hier finden es die Meiſten ſehr bequem, ſich hinter die Schanze des poſit. Rechts zurückzuziehen, um keine eigene Meinung ausſprechen zu müſſen. ſ. dag. Stübel N. Arch. IX. 564. 565. 569. 589—591. 595—599. Luden Abh. II. 416. n. 1. Roßhirt Entw. S. 347. Schmid, Hoffbauer ꝛc. a. a. O. — Die meiſten Neueren ſind nun wohl für die abſtrakte Anerkennung des Rechts auf Geſundheit als eines unveräußerlichen, — aber gewiß ganz gegen den geſunden Verſtand der Praxis. ſ. beſ. Breidenbach I. 1. S. 543. 544.

6) Mit der hier gegebenen Entſcheidung ſtimmt ohne Zweifel die communis opinio; aber um ſoweniger können die Motive der Meiſten auf Anerkennung Anſpruch machen. Abegg u. A. ſollten auch bei der Ehre den Grundſatz: Vol. n. f. inj. gar nicht anerkennen, was ſie aber nicht thun (LB. §. 102); andrerſeits kann aber auch die abſtrakte Erklärung der Ehre für ein veräußerliches Recht (Stübel ꝛc.) nicht befriedigen. Noch weniger freilich bloße Begründungen aus dem poſitiven Recht, oder aus dem Wegfall des dolus, oder aus der Eigenſchaft der Injurien, bloß auf Klage unterſucht und beſtraft zu werden, u. dgl. Derlei Begründungen ſollen freilich im Intereſſe der Denkfaulheit praktiſch ſein. So iſt namentlich, um die Frage über die Grenze der

zuſtehen. Einerſeits erſcheint ſie als die ideale Quinteſſenz der Perſönlichkeit in der Art als untheilbar, daß ſie, auch nur auf einem Punkte verletzt, als ganz und der Subſtanz nach verletzt gelten muß. Ebenſo wahr iſt aber, daß gerade der ſeines Werths und der Achtung der Andern am meiſten ſich Bewußte am eheſten einer vereinzelten in abstr. ehrenrührigen Behandlung ſich ausſetzen kann, ohne daß er dadurch ſeiner Ehre im Ganzen etwas zu vergeben glauben müßte. Da indeſſen in dieſem Falle doch immer nur eine ſcheinbare Ehrenverletzung vorliegen würde, ſo wird dadurch der erſtere Satz nicht umgeſtoßen, ſondern gerade beſtätigt, und es ſcheint daher Alles nur darauf anzukommen, ob das erlaubende Individuum ein ſolches ehrenhaftes iſt oder nicht. In der That findet bei der Ehre das Eigenthümliche Statt, daß ſie zwar der Potenz nach unfehlbar zum vollen Begriffe der Perſönlichkeit gehört, dagegen als wirkliches Gut von der einzelnen Perſon ſtets erſt erworben werden muß und, einmal erworben, von ihr nur ganz oder gar nicht preisgegeben werden kann. Das Recht auf Ehre muß hiernach im Ganzen, da Subſtanz und Aeußerung im Einzelnen zuſammenfallen, der freien Verfügung ſeines Trägers unterworfen ſein. Ehre hat nur, wer ſie haben *will*. Entweder iſt alſo die geſtattete Ehrenverletzung deshalb eine bloß ſcheinbare (und in der That keine), weil die geſtattende Perſon ſich in dem Kern ihrer ſittlichen Würde zu ſicher fühlt, als daß ſie die geſtattete Behandlung als ehrenkränkend empfinden könnte, — oder ſie iſt es deshalb, weil die geſtattende Perſon eben durch die Geſtattung ſelbſt und ihre Art zeigt, daß ſie keine Ehre haben will, mithin auch nicht hat, weswegen es hier für den, welcher von der Einwilligung Gebrauch macht, an allem Gegenſtande einer widerrechtlichen Verletzung gebricht. Für beide Fälle muß daher der Satz: Vol. n. f. inj. in vollem Umfang Geltung haben. b) Wo auch infolge der Einwilligung des berechtigten Individuums nicht der ganze Begriff des Verbrechens wegfällt, da wird doch durch die Einwilligung das Unrecht jedenfalls zu einem geringeren [1]). Den weſentlichen Grund dafür giebt der §. an, wozu dann immer noch der Grund der wegfallenden Gefährlichkeit der Handlung unterſtützend beigefügt werden kann [2]). Unrichtig iſt aber die Anſicht, welche das Moment der geringeren Widerrechtlichkeit hiebei von der objektiven auf die ſubjektive Seite hinüber verlegt [3]).

Dispoſitionsbefugniß der Perſon über ihre Rechte zu umgehen, von Hepp der Ausweg empfohlen worden, jedes einzelne Verbrechen darauf zu unterſuchen, ob das poſit. Recht das Merkmal: invito laeso in ſeinen Thatbeſtand aufgenommen habe. Abgeſehen aber von Anderem (ſ. Luden Abh. II. 425 f.), ſcheint hier gar nicht geahnt worden zu ſein, daß mit derlei Beſtrebungen gar nichts gedient iſt, da ja natürlich ſtets wieder die erſte Frage ſein muß: warum denn wohl das poſ. Recht im einen Fall das „Merkmal invito laeso" fordre, im andern nicht? Trotzdem hat die Sache einiges Glück gemacht. ſ. Luden ſelbſt Hdb. I. 318. n. 7. Bauer §. 49. not. f. Marezoll S. 80. Dagegen aber Heffter §. 38. n. 2. —

1) ſ. ſchon Kress, Böhmer, Püttmann l. c. Stübel N. Arch. IX. 578—583. Luden Abh. II. 467. Mittermaier z. F. §. 35. Marezoll S. 80. Rossi II. p. 138. 139. und beſ. Wirth Ethik II. 280. A. M. Abegg im N. Arch. 1840. S. 434—441.

2) ſ. auch Kress l. c. Stübel S. 583. Freilich läßt ſich auch das Gegentheil behaupten. ſ. Damhouder c. 88. n. 10. Stübel S. 569. l. 23. §. 3 D. de aed. ad. (21. 1). l. 3. §. 6 D. de bon. cor. (48. 21). Trummer in den krim. Beitr. S. 138.

3) ſo namentlich Böhmer und noch neuerdings Roßhirt Entw. S. 346 ff. und Morſtadt z. F. §. 35. ſ. dag. Stübel S. 580—582.

2) Die Frage über Verletzungen der Persönlichkeit, welche von dem individuell Berechtigten selbst ausgehen, wird in der Regel (s. auch N. Rev.) mit der soeben abgehandelten als identisch betrachtet. Auch hat man hiezu guten Grund, sowohl nach der Kantischen als der Hegelschen Philosophie. Entweder ist nämlich die Freiheit des Ichs die Grundlage des Rechtsbegriffs, dann kann begreiflich von einem Unrecht der Person gegen sich selbst nicht die Rede sein [1]); — oder die Freiheit des Einzelwillens wird der Nothwendigkeit des allgemeinen untergeordnet; dann kann dem Einzelnen mindestens nicht das Recht verstattet werden, auf die Substanz der dem Begriff der Persönlichkeit immanenten Rechte zu verzichten [2]). Gleichwohl haben Anhänger beider philosophischer Richtungen mit mehr oder minder guten Gründen abweichende Ansichten aufgestellt, — wobei aber aus natürlichen Gründen stets nur vom Selbstmord und der Selbstverstümmlung, und zwar von beiden nur insofern die Rede sein kann, als nicht (wie bei Soldaten ꝛc.) die Handlung unter den Gesichtspunkt eines andern Verbrechens fällt. Die Anhänger der abstrakten Freiheit der Persönlichkeit glaubten auf verschiedene Weise diese Freiheit durch staatsrechtliche [3]) oder mindestens polizeiliche [4]) Gründe einschränken zu müssen. Umgekehrt ließen sich Bekenner des andern Systems dazu herbei, den Selbstmord für blos unmoralisch zu erklären [5]). In der Sache haben dann auch die Letzteren vollkommen Recht, wenn auch nicht in dem Entscheidungsgrund, der eben nur in dem im §. Angef. liegen kann. Anderweitige Entscheidungen der Frage von Seiten älterer [6]) und neuerer [7]) Juristen haben um der Zufälligkeit oder Beliebigkeit ihres Motivs willen keinen Werth.

3) Röm. Recht. Vor Allem sind diejenigen Fälle auszuscheiden, in

---

1) Grolman §. 283. und die not. c. Angeff. Klein Annal. VII. 79—81. Stübel N. Arch. IX. 565 ff. Maaß Nat R. §. 93. n. a. Bauer Nat R. §. 67. a. Lb. §. 160. Gros §. 32. Martin §. 42. n. 9. Wächter Lb. I. 104. Schröter §. 50—52. Henke I. §. 38. Gerhard de crim. propricidii. p. 19 sq. Montesquieu Lettres pers. nr. 64. 76. Beccaria dei delitti §. 135.

2) Hegel §. 70. Wirth Ethik II. 8—12.

3) Feuerbach §. 241. Salchow Lb. §. 230. vgl. schon Winkler l. c. p. 8 sq. Trummer in den krim. Beitr. III. 1. S. 252—254. dag. Wächter N. Arch. X. 657—662. Uebrigens erklärt Feuerbach aus andern Gründen die Bestrafung des Selbstmords für unvernünftig. s. dag. Abegg Unters. S. 73 f. Morstadt n. 1. z. F. §. 241.

4) Stübel N. Arch. IX. 592 f. Hepp Versuche nr. 7. Krug Handwörterb. d. philos. Wiss. III. 645, — und trotz seiner Polemik gegen diese am Ende auch Wächter N. Arch. X. 669—675. vgl. Möser Patriot. Phantas. III. nr. 21. Hefftter §. 225.

5) Abgesehen von Henke (s. o.), der hier ganz alle Konsequenz vergißt, s. Abegg Unters. S. 73 ff. Lb. §. 103.

6) s. Damhouder c. 88. n. 10. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. 37. Matthaeus Prol. c. 3. n. 4. Menochius de arbitr. jud. quaest. II. cas. 284. Carerius pract. tr. de homic. 2. nr. 123—127. Carpzov qu. 2. nr. 25 sq. qu. 131 nr. 48 sq. Heig quaest. II. qu. 35. nr. 31 sq — Dag. Kress ad. art. 135. Schulting ad Paul. R. S. V. 31. n. 11. Böhmer Obss. qu. 2. obs. 1. med. ad art. 135. §. 2. 6. u. s. f. vgl. Wächter N. Arch. X. 216 f. 653. 651. Bis zur Mitte d. vor. Jahrh. behalf man sich in Ermanglung der Gedanken mit der Offenbarung.

7) Jarcke I. 108. Marezoll S. 342. Roßhirt Entw. S. 341. 342. Mittermaier n. 4. z. F. §. 241. Trummer in d. krim. Beitr. S. 330.

welchen auf die Richtung des Angriffs gegen ſich ſelbſt oder gegen einen Einwilligenden deshalb nichts ankommen kann, weil derſelbe nur als Träger eines anderweitigen, von der Perſönlichkeit unabhängigen Rechts, und dieſes als der wahre Gegenſtand der Verletzung erſcheint [1]). — Hievon abgeſehen wird jedoch das röm. Recht ebenſowohl für die volle Geltung des Satzes: Vol. n. f. inj. angerufen [2]), wie für ſeine gänzliche Verwerfung [3]); — beides mit Unrecht, obwohl man geſtehen muß, daß eine abſolute Entſcheidung aus dem C. Jur. nicht zu entnehmen iſt [4]). Jedenfalls hat die verwerfende Meinung weit mehr gegen ſich, als die entgegengeſetzte, wie ſie denn ſelbſt zugeſteht, daß durch Einwilligung der Begriff des Diebſtahls, des Betrugs, und unter Umſtänden (?) der Begriff der Injurie aufgehoben werde [5]). Allein auch die bejahende hat gewichtige Gründe gegen ſich [6]). Denn, wenn auch nicht zu bezweifeln iſt, daß bei nachweisbarer Einwilligung des Berechtigten in die Handlung das römiſche Recht weder ein furtum, noch damnum, noch Betrug, noch eine injuria (Geſundheitsverletzungen ohne ſchwerere Folgen mit eingerechnet), noch ein crimen vis (von der gänzlichen Aufhebung der Freiheit noch abgeſehen) annahm [7]), ſo werden doch anerkanntermaßen gewiſſe unheilbare oder lebensgefährliche Geſundheitsverletzungen ſchon an ſich trotz der Einwilligung des Verletzten mit ſchweren Strafen belegt [8]). Ferner iſt zwar in der lex Fabia nach einer Stelle bei dem an einem Freien begangenen Menſchenraub vorausgeſetzt, daß es wider ſeinen Willen geſchehen ſei [9]). Allein abgeſehen davon, daß in andern Stellen [10]) hievon nichts erwähnt wird, unterliegt es keinem Zweifel, daß nach röm. Recht kein Freier ſich bindend durch Vertrag zur Sklaverei verpflichten konnte [11]). Hiemit iſt die Freiheit als ſolche als

---

1) L. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). l. 38. §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 34 pr. D. de test. mil. (29. 1). l. 6. §. 7 D. de inj. rupt. (28. 3). — l. 4. §. 10—12 D. de R. M. (49. 16). — l. 2. §. 4. 5 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. un. §. 2 C. de raptu virg. (9. 13). — l. 38 D. de pact. (2. 14.). l. 6. C. eod. (2. 3).

2) ſ. beſ. Wächter Lb. I. §. 59. Luden Abh. II. 412 ff.

3) Hepp a. a. O. S. 239—246. 281—286.

4) Rein S. 133—136 (ziemlich oberflächlich).

5) Hepp a. a. O. S. 275—277. 281—286. Warum nicht auch der Begriff der Eigenthumsbeſchädigung und ſolcher Geſundheits- und Freiheitsverletzungen, welche das röm. Recht der Injurie ſubſumirt?! vgl. Luden Abh. II. 464—466. Roßhirt Entw. S. 343. 347.

6) Abgeſehen natürlich von der Jahrhunderte lang (ſ. Damhouder, Matthaeus ꝛc.) mit Unrecht dagegen geltend gemachten l. 13 D. ad. l. Aqu. (9. 2.) ſ. Wächter A. Arch. X. 227—230, ſowie von andern mißbrauchten Stellen, z. B. l. 17 pr. D. commod. (13. 6). l. 20 C. de furt. (6. 2) vgl. Luden Abh. I. 189. 190. 289. n. 2. II. 430. n. 1).

7) l. 46. §. 8 D. de furt. (47. 2). l. 7 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1. §. 5. l. 17 pr. l. 23. l. 26. j. l. 15. §. 35 D. de injur. (47. 10). l. 1. §. 6 D. de postul. (3. 1). l. 145 D. de R. J. (50. 17). l. 1. D. quod met. causa (4. 2). §. 7. 8. J. de obl. quae ex del. (IV. 1).

8) L. 3. §. 3. l. 4. §. 2. l. 8 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 4 D. de extraord. crim. (47. 11) l. 38. §. 5. l. 39 D. de poen. (48. 19).

9) l. 6. §. 2 D. h. t. (48. 15). Jn l. 15 C. eod. (9. 20) iſt das Wort invitum Abſchreiberarbeit.

10) Paul V. 30 b. Coll. XIV. 2. 3.

11) l. 33. 37 D. de liber. causa (40. 12). l. 6. 10. 39 C. eod. (7. 16). l. 1 D. quib. ad libert. (40. 13). Zur Strafe wegen Betrugs konnte es allerdings geſchehen, §. 4 J. de j. pers. (I. 3).

unveräußerliches Recht auf's Entſchiedenſte anerkannt. Wenn aber gleichwohl ſolche, welche einen Einwilligenden als Sklaven behandelten, nicht der Strafe des plagium unterworfen wurden [1]), ſo lag der Grund wohl darin, daß die Römer eben aus Achtung für die Idee der Perſönlichkeit den Grundſatz voranſtellten, daß es eine abſolute Selbſtentehrung ſei, ſich ſelbſt zum Sklaven hinzugeben, mithin zwar der wiſſentliche Käufer eines Freien die proclamatio ad libert. nicht hindern könne, aber auch keine peinliche Strafe für eine injuria in volentem commissa verdiene [2]). Daß die Römer, von dieſem Fall abgeſehen, ſehr wohl zwiſchen der unantaſtbaren Subſtanz der Rechte der Perſönlichkeit und der Möglichkeit des Verzichts auf einzelne Aeußerungen derſelben zu unterſcheiden wußten, zeigen ſehr bezeichnende Ausſprüche [3]). Hieraus, wie aus den angef. Stellen über lebensgefährliche Geſundheitsverletzungen ſcheint ſich als ſehr wahrſcheinlich zu ergeben, daß auch die Tödtung eines Einwilligenden nicht ſtraflos ausgegangen ſei [4]). Gleichwohl iſt bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen das Gegentheil das Wahrſcheinlichere, nicht als ob man die Handlung für ſittlich und rechtlich angeſehen hätte, ſondern wohl nur deshalb, weil es — abgeſehen von dem herrſchenden Gebrauche, ſich durch die Sklaven tödten zu laſſen [5]) — in ſolchen Fällen an einem Ankläger fehlte. — Wie nun die römiſchen Quellen hinſichtlich der Verletzung eines Einwilligenden kein abſolut feſtes und durchgreifendes Prinzip ergeben, ſo iſt dies auch hinſichtlich der Verletzungen der Fall, die Jemand ſich ſelbſt zufügt. Zwar iſt als ausgemacht zu betrachten, daß das röm. Recht zu keiner Zeit den Selbſtmord als ſolchen mit Strafe bedrohte, vielmehr nur ſeit Hadrian und Antonin der Grundſatz galt, daß der Selbſtmord nicht als Mittel gebraucht werden dürfe, um ſich einer durch Verbrechen verwirkten Vermögenskonfiskation zu entziehen, daß vielmehr ein eines ſolchen Verbrechens Angeklagter

1) vgl. l. 7 §. 2. l. 16 §. 2. l. 33 D. de liber. csa. (40. 12). l. 4. 5 D. quib. ad lib. (40. 13). l. 1 §. 5 D. de inj. (47. 10).

2) l. 14. l. 16. §. 2. l. 33 D. de liber. csa. (40. 12). l. 6 C. eod. (7. 16). l. 1. 3—5 D. quib. ad libert. (40. 13). Daß übr. in l. 7 §. 2 D. (40. 12) mindeſtens die ratio legis ſelbſt für eine geringere Kriminalſtrafe liege, wird nicht beſtritten werden können.

3) l. 27. §. 3. 4 D. de pact. (2. 14). vgl. Hepp S. 244. 245. 284. Luden Abh. II. 429. n. 1., welche den tieferen Gehalt der Stelle unberührt laſſen. („Feinfühlend" waren die Römer allerdings in juridiſchen Dingen; aber, um dieß zu beweiſen, muß man ihnen nicht eine triviale Moral unterſchieben).

4) Was Luden Abh. II. 436—447 dagegen vorbringt, iſt theils nichtsſagend (wie das über den dolus, über den Hervorgang der öffentlichen Strafe aus der Privatrache, über die Nichterwähnung des Falls ꝛc. Bemerkte), theils widerſprechend (wie die Anknüpfung an die vermeintliche urſprüngliche Identität von parricidium u. perduellio). Auf die Erlaubtheit des Selbſtmords will er ſich ſelbſt nicht berufen. vgl. Rein S. 135. 136.

5) Tac. Ann. XVI. 15. Val. Max. VI. 8. Bemerkenswerth iſt, daß ſich ſolche Sklaven zuweilen nach vollbrachter That ſelbſt tödteten. Ihrer Beſtrafung hätte aber entgegengeſtanden, daß ſie (als ihrem Herrn gegenüber willenloſe Werkzeuge) nur als Theilnehmer an einem erlaubten Selbſtmorde anzuſehen geweſen wären, daher die l. 157 D. de R. J. (50. 17) gar nicht hierher gezogen werden kann. Ebenſowenig gerechtfertigt ſind die (freilich ſehr verſchiedenen) von Abegg Unterſ. S. 69 u. von Luden S. 443 f. aus den Stellen ad Sct. Silan. gezogenen Schlüſſe. Aus l. 1. §. 22. j. §. 23 geht hervor, daß die Sklaven keineswegs gehalten waren, ihren Herrn überhaupt am Selbſtmord zu verhindern, ſondern nur an dem Selbſtmord ob metum crim. imminentis.

(oder gar dabei Ertappter), falls nicht erweislich andre Motive dem Selbſtmord zu Grund liegen, eben durch ſeinen Selbſtmord ſich des Verbrechens geſtändig mache und daher (falls nicht die Erben ſeine Unſchuld nachzuweiſen vermögen) ſofort ſein Vermögen einzuziehen und ſeine Betraurung nicht zu geſtatten ſei [1]). Ebenſo gewiß iſt aber, daß auf freiwillige Hingabe zur Kaſtration Kapitalſtrafe geſetzt war [2]). Trotz Allem aber wird man nicht fehlgehen, wenn man in Rückſicht auf die geſammte antike Rechtsanſchauung dem Röm. Rechte eher eine Hinneigung zu dem Grundſatz der Verzichtbarkeit der Rechte der Perſönlichkeit zuſchreibt, als zum Gegentheil.

4) Entſchieden auf den entgegengeſetzten Standpunkt ſtellte ſich das kanoniſche Recht, welchem jedes eigenmächtige Hingeben wenigſtens ſolcher Güter, welche der Menſch ſich nicht ſelbſt gegeben hat, als Sünde und Unrecht erſcheinen mußte. Hiefür ſprechen wenigſtens beſtimmt die Stellen, welche den Selbſtmord verdammen [3]), da als Hauptgrund der ganz allgemeine Wortlaut des Verbots: Du ſollſt nicht tödten geltend gemacht wird, der natürlich ebenſowohl zur Verwerfung der Tödtung eines Einwilligenden führt [4]). Indeſſen reichte der aus Religion und Moral entnommene Entſcheidungsgrund höchſtens noch für die Freiheit aus, nicht aber für Ehre [5]) und Eigenthum. Der Gedanke der Subſtantialität der Perſönlichkeit und ihrer weſentlichen Momente war darin angedeutet ohne die Möglichkeit einer juriſtiſchen Ausführung, da es an dem Prinzip fehlte, um die Fälle erlaubter Entäußerungen der betreffenden Rechte richtig aufzufaſſen. Dadurch bereitete ſich aber die zwiſchen Recht und Moral hin- und herſchwankende Auffaſſung der Frage über Verletzung eines Einwilligenden vor [6]), welche ſeit langer Zeit die Doktrin beherrſcht und noch jetzt ihre Anhänger hat. — So leicht aber die Anſichten der Kirche — zum Theil im entſchiedenſten Widerſpruch mit dem willkührlichſt mißdeuteten römiſchen Recht — ſchon von der Gloſſe an, wenigſtens hinſichtlich der Frage über den Selbſtmord, Eingang

---

1) L. 9. §. 7 D. de pecul. (15. 1). l. 3 D. de bon. eor. (48. 21). l. 1. 2 C. eod. (9. 50). l. 11. §. 3 D. de his qui not. (3. 2). l. 32. §. 7 D. de donat. (24. 1). l. 6 §. 7 D. de inj. rupt. (28. 3). l. 45 §. 2 D. de j. fisci (49. 14). l. 5. C. si reus (9. 6). l. 2. C. qui test. (6. 22). Wächter im N. Arch. X. 72 f. 216 f. Rein S. 883—886.

2) L. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Dagegen gehören l. 8. eod. u. l. 39 D. de poen. (48. 19) ſo wenig hierher, als die vom Selbſtmord u. der Selbſtverſtümmlung der Soldaten handelnden Stellen, da in dieſen Fällen andere Verbrechen vorliegen.

3) Caus. 23. qu. 5. c. 9—12 (wo auch falſches Zeugniß wider ſich ſelbſt verdammt, übrigens beim Selbſtmord die von Hieronymus aufgeſtellte Ausnahme im Fall, wo es Rettung der Keuſchheit gilt, zugelaſſen wird). vgl. die bei Wächter N. Arch. X. 636 f. angef. Synodalſchlüſſe und c. 11 X. de sepultur. (3. 28), übr. auch Reg. 27 in VI° de R. J. (V. 13) j. Jarcke I. 110 n. 7.

4) Was denn auch in der Regel von den älteren Kriminaliſten (z. B. Damhouder, Matthaeus ꝛc.) wiederholt wird.

5) Aus Ev. Matth. c. 5. v. 39—41 war der Satz vol. non fit. inj. ꝛc. ſehr leicht zu begründen, nur freilich im abſoluten Gegenſatz gegen den Ehrbegriff der alten Welt, und blos als Keim für einen neuen.

6) Matthaeus z. B. knüpft ſeine Unterſcheidung zwiſchen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten neben dem römiſchen Recht und Ariſtoteles auch an die Bibel an.

bei den Theoretikern fanden [1]), ſo ſchwer war es ihnen, in der Praxis durchzudringen. Das germaniſche Recht widerſtrebte ihnen, zwar nicht in ſeinem tieferen Grunde, wohl aber in der Entwicklungsſtufe, die es wenigſtens im MA. noch nicht überſchritten hatte. Auch die Verletzung der Rechte der Perſönlichkeit wurde nämlich nicht bloß als Privatdelikt, ſondern als Bruch des Gemeindefriedens angeſehen, und es hätte ſomit nichts im Wege geſtanden, im Falle der Verletzung eines Einwilligenden zwar die Buße, nicht aber das Friedensgeld (ſpäter die Strafe) wegfallen zu laſſen. Allein die Eigenthümlichkeit der germaniſchen Rechtsentwicklung brachte gerade das mit ſich, daß der Freiheitsbegriff nicht in der dem Gemeinweſen immanenten Perſönlichkeit, ſondern in der demſelben widerſtrebenden Individualität [2]) ſein Organ ſuchte und fand, welcher Trotz der individuellen Freiheit eben nur langſam und mühſam gebändigt werden konnte. Deshalb blieb die Genugthuung für den verletzten allgemeinen Frieden langehin bei Verletzungen der Perſon neben der Buße das Sekundäre. Vom Selbſtmord ſprachen denn auch die Volksrechte gar nicht (die Kapitularien, übrigens nur die unächten, wiederholen hie und da die kirchliche Mißbilligung, von weltlicher Beſtrafung des Selbſtmords iſt dagegen auch hier nicht die Rede) [3]). Um ſo gewiſſer aber ſieht das germaniſche Recht kein Unrecht darin, wenn ſich Jemand ſelbſt in Sklaverei begiebt [4]), mithin auch nicht darin, wenn man einen Einwilligenden als Sklaven behandelt. Ebenſowenig kann unter der Herrſchaft des Kompoſitionsſyſtems die Tödtung oder Verwundung eines Einwilligenden als Delikt betrachtet worden ſein [5]), und noch weniger die Injuriirung eines ſolchen, je mehr die ſubjektive Auffaſſung der Ehre ein Kennzeichen des germaniſchen Rechts ausmacht. Ueberhaupt herrſchte bei Verbrechen gegen die Perſon nicht die Idee des übertretenen Geſetzes, ſondern die Vorſtellung der Beleidigung des angegriffenen Individuums vor, was ſchon aus der Art und Weiſe hervorgeht, wie der dolus in den Volksrechten bezeichnet wird [6]). Entſchieden endlich wird die Geltung des Grundſatzes: vol. n. fit inj. durch die Exiſtenz des Inſtituts des gerichtlichen Zweikampfs bewieſen [7]). Auch im Mittelalter können noch nicht wohl entgegengeſetzte Grundſätze gegolten haben [8]). Gleichwohl iſt ein Umſchwung

1) Wächter im N. Arch. X. 216 ff. Die verwandte Frage über Verletzung des Einwilligenden war ohne Zweifel vor dem entſchiedenen Siege des Unterſ.Prozeſſes ohne praktiſchen Nerv. Man begnügte ſich mit einzelnen Stellen des röm. R. l. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 13 D. ad l. Aqu. (9. 2) ꝛc. ꝛc.

2) Wilda S. 116 f. 184 f. 576.

3) Capit. spuria II. 70. III. 442. (P. II. pars. 2. p. 77. 130).

4) Marc. form. II. 27. 28. app. 16. Bign. 13. 26. Andeg. 2. 18. 19. 25. 37. Lind. 136. Georg Tur. VI, 45. vgl. L. Baj. I. 11, 1. II, 1, 5. VIII, 4. 2. 23, 3. L. Fris. XI, 1. L. Henr. I. c. 78 §. 1.

5) Dies hebt auch Luden Abh. II. 452 richtig hervor, wogegen die übrige Argumentation (S. 449—455) aus dem Begriff des Mords an ſich nichtsſagend iſt.

6) Als malum ingenium, invidia, inimicitia, superbia, praesumtio ꝛc. Wilda S. 559 ff. Aus demſelben Grunde argumentiren noch Böhmer, Kress, Roßhirt, Morſtadt.

7) L. Baj. XVII. §. 1. 2. Wilda S. 702. 703. vgl. Abegg Unterſ. S. 324.

8) Die Ergebung in Eigenſchaft erſcheint auch jetzt noch erlaubt, obwohl Andere ein Widerſpruchsrecht haben. Sächſ. LR. III, 32 §. 7. 42. §. 3. 45, §. 9. Schwäb. LR. c. 292. 308, u. die Rechtmäßigkeit nach dem geſunden Verſtand u. der Bibel bezweifelt wird. Der Schwab. Sp. nimmt zwar den Dekalog auf, beſchreibt aber doch den Menſchenraub als eine wider den Willen des Betheiligten begangene Handlung. c. 201. 227.

der Anſichten bemerkbar. Das ſubſtantielle Recht der Freiheit erkennt der Sachſ. Sp. III. 42 (Schwab. Sp. c. 308), den Standpunkt der abſoluten Sündlichkeit einer Handlung wider Gottes Gebot der Schwab. Sp. c. 201 offen an. Allein noch fehlt es an der Konſequenz. So lange freiwillige Ergebung in Eigenſchaft rechtlich möglich und die Aufnahme der Klauſel, daß man ſich einen Schelmen ſchelten laſſen wolle, in Verträge geduldete Sitte blieb [1]), konnte bei Handlungen wider Freiheit und Ehre von einer injuria in volentem commissa nicht die Rede ſein. Zweifelhafter erſcheint die Frage in Beziehung auf Leben und Geſundheit. Denn beim Selbſtmord [2]) brach ſich ſchon frühe wenigſtens theilweiſe die Anſicht Bahn, daß er Sünde und Verbrechen ſei. Schwerlich aber zog man daraus ſofort die Folgerung, daß daſſelbe bei der Tödtung eines Einwilligenden anzunehmen ſei, da hier das Beiſpiel des immer noch geſetzlich anerkannten gerichtlichen Zweikampfs [3]), das erneute Aufleben des Fehdeweſens und des damit zuſammenhängenden Privatgenugthuungsſyſtems [4]), die Unfähigkeit des Gemeinweſens zur Einſchreitung ohne Klage, und — nebenbei wenigſtens — die mangelhafte Ausbildung des Schuldbegriffs [5]) entgegenſtand. Bemerkenswerth iſt jedenfalls, daß in den Aufzeichnungen des praktiſchen Rechts des MAs. die Frage über die Verletzung eines Einwilligenden ſogut als gar nicht erwähnt, hinſichtlich des Selbſtmords aber gerade von der P.G.O. (Art. 135) lediglich auf den Standpunkt des römiſchen Rechts zurückgegangen wird [6]). Gleichwohl ſind aber dieſe geſetzlichen Beſtimmungen für das Rechtsbewußtſein der Zeit nicht beweiſend. Zwar wurde die Frage über Verletzungen eines Einwilligenden nur von Wenigen und in ſehr unvollkommener Weiſe angeregt; aber auch dieſe zeigen jedenfalls, daß es im Geiſte der Zeit lag, die geſetzlichen Verbote als allgemein aufzufaſſen, und daher auch die Verletzung des Einwilligenden für ſtrafbar zu halten [7]). Die vorzugsweiſe religiöſe Auffaſſung

---

1) Später wurde ſie allerdings verworfen. ſ. R.P.O. 1577. Tit. 35. §. 7.

2) ſ. zwar Sächſ. LR. II. 31. §. 1. Goſl. Stat. (Göſch.) p. 10, 13. 14. ſ. dag. Senkenberg C. J. Germ. I. p. I. p. 223. Goſl. Stat. p. 38, 27—33. Rechtsb. n. Diſt. IV, 14, 2. 3. (Ortloff). — Cropp in Hudtwalkers krim. Beitr. II. 329. n. 48. Wächter a. a. O. ſcheint dies ganz überſehen zu haben. vgl. auch die lex terrae francae 1190 b. Birnbaum N. Arch. XIII. 107. n. 37.

3) Sächſ. LR. I. 48. 63. Schwäb. LR. c. 79 II. Sächſ. Weichb. (Thüngen) 35.

4) vgl. z. B. oſtfrieſ. LR. bei Jarcke I. 28. n. 12. Henneberg. LO. (1539) VIII, 3. c. 8. Zöpfl Bamb.R. S. 17 f. Bülow und Hagemann prakt. Erört. II. 259 ff.

5) Zu viel Gewicht legt hierauf Luden Abh. II. 456. 457. Von Mord hätte betr. Falls nicht die Rede ſein können, wohl aber von Todtſchlag, den Luden S. 448. n. 1. nach älterem Recht ſehr irrig auffaßt. ſ. Wilda S. 686 ff.

6) ſ. Wächter im N. Arch. X. 639 ff. vgl. Richtſt. LandR. II. 12. Heffter §. 228. n. 4. Hinſichtlich der Fälle der Konfisk. änderte die P.G.O. allerdings.

7) Daher behaupten Bonif., J. de Bellov., Bajard. l. c., daß in ſolchen Fällen zwar nicht der Einwilligende, wohl aber die curia klagen könne. Daher legte man beſonders Gewicht auf die l. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8), wie namentlich auch Damhouder c. 88. n. 11 thut (was Luden Abh. II. 461. not. überſieht), auf die mißverſtandene l. 13 D. ad l. Aqu. (9. 2), auf den Wortlaut der 10 Gebote, überhaupt auf das religiöſe Moment der Frage. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. Farin. qu. 20. n. 153. (membra nobilia — inimicus naturae).

der Frage erklärt aber, daß man theils die Verletzung ſeiner ſelbſt auf's Entſchiedenſte in den Vorgrund ſtellte, theils zu der Zeit, als man die Frage über die inj. in vol. von einem allgemeineren Geſichtspunkt aus zu behandeln anfieng, eben nur Leben und Geſundheit als unveräußerliche Güter bezeichnete. Dagegen erfocht in Beziehung auf Selbſtmord und Selbſtverſtümmlung die religiös-moraliſche Anſicht ſchon ſeit der Zeit der Rechtsbücher entſchiedene Siege in der Praxis und in der Partikulargeſetzgebung [1]). Allein mehr, als irgendwo, hat gerade in dieſen Fragen die philoſophiſche Beſchäftigung mit der Sache zu einem abſoluten Umſchwung der Anſichten geführt. Sie hat einerſeits die lange genug geübte Barbarei der Beſtrafung des Selbſtmords und des Selbſtmordsverſuchs als eine Verirrung aus dem Gebiete des Rechts in das der Moral auf verdiente Weiſe gebrandmarkt [2]), — andrerſeits die Frage über die Verletzung eines Einwilligenden erſt auf den rein juriſtiſchen Boden geſtellt, wo ſie allein entſchieden werden kann, d. h. auf den Begriff der Perſönlichkeit ſelbſt [3]). Der Einfluß dieſer veränderten Anſichten zeigt ſich denn auch in den neuen Geſetzgebungen. a) Was den Selbſtmord betrifft, ſo iſt von Vermögenskonfiskation, Exekution am Leichnam [4]), Eſelsbegräbniß und Strafe des Verſuchs nirgends mehr die Rede. Zwar enthielten einige Geſetze und Entwürfe noch einige Nachklänge des älteren Rigorismus, namentlich Verſagung der Ehrenformen, die ſonſt beim Begräbniß ſtattgefunden haben würden, resp. Verſcharrung des Leichnams auf der Richtſtätte durch Scharfrichtersknechte [5]). — Verſcharrung des Leichnams durch Gerichtsdiener außer dem Leichenhofe [6]), — Ablieferung an die Anatomie od. gemeine Beerdigung außerhalb des Kirchhofs [7]) (resp. an der Mauer); beim bloßen Verſuch dagegen iſt in deutſchen Geſetzen von keiner Strafe, wenn auch allerdings von polizeilichen Maßregeln die Rede [8]). Seit dem bair. StrafGB. (incl.) laſſen aber alle neueren Strafgeſetzgebungen den vollendeten, wie den verſuchten Selbſtmord ſtraffrei [9]), freilich unbeſchadet des einen oder andern Reſts

1) ſ. die o. a. Stellen aus den Gosl. Stat. u. dem Rechtsb. nach Diſt. vgl. Bluntſchli Zürich. RG. I. 411. Dazu die vielen Beweisſtellen bei Wächter N. Arch. X. 217 ff. 646 ff. und bei Böhmer Obs. ad qu. 2. obs. 2. Trummer Vortr. I. 454—459. Hefftter §. 226. n. 9. 10. Unbegründet iſt der Widerſpruch von Mittermaier n. 2. 3. z. F. §. 241. ſ. auch Jarcke III. 331 f.

2) Die Nachklänge, die ſich bei Stübel, Möſer, Hepp, Wächter u. A. finden, ſtehen doch wenigſtens in einem wohlthuenden Kontraſte gegen die Ausführungen bei Damhouder, Matthaeus, Carpzov ꝛc. A. M. ſind freilich Jarcke und Trummer.

3) Dieſer iſt allerdings verſchiedener Auslegung fähig (ſ. o.). Gleichwohl kann nur gänzliche Geiſtesarmuth auf die Vorſtellung kommen, daß es beſſer geweſen wäre, auf der früheren, aus Chriſtenthum und verballhorntem röm. Recht zuſammengeflickten Theorie weiter zu bauen.

4) ſ. zwar Preuß. LR. II. 20. §. 804. 805. vgl. aber Krim. O. §. 550. 551 und Reſkr. 1812 b. Mannkopf S. 362. 363. Jarcke III. 342. n. 22—24.

5) Preuß. LR. II. 20. §. 803. Krim. O. §. 550.

6) Oeſtr. GB. 1803. II. §. 90—92.

7) Stübel Entwurf §. 908—910. vgl. Tittmann Entw. II. 261 ff. Bair. Entw. 1822. II. Art. 277. Uebrigens iſt Wächters Polemik hiegegen nur theilweiſe gerecht, da er S. 675 ſelbſt Begräbnißverweigerung verlangt. — vgl. das ſardin. GB. (1839) §. 585 und gar das ruſſiſche (1845) §. 1943. 1944.

8) Preuß. Reſkr. v. 1796 b. Mannk. S. 361. Oeſtr. GB. II. §. 90. Stübel N. Arch. IX. 595. Bair. Entw 1822. a. a. O.

9) Auch das rev. Oeſtr. GB.

älterer Anſichten, die ſich da und dort noch erhalten haben (z. B. über Ablieferung an die Anatomie) [1]). Nach dem öſtr. GB. v. 1803 war es konſequent, wenn die öſtreich. Juriſten auch die Theilnahme (Miturheberſchaft od. Beihilfe) an einem Selbſtmorde für ſtrafbar erklärten [2]). Inkonſequent iſt es dagegen, wenn daſſelbe in ſolchen Geſetzgebungen geſchieht, welche den Selbſtmord nicht ſtrafen [3]) (man könnte die Beihilfe dazu höchſtenfalls zu einem Polizeivergehen ſtempeln) [4]), und falſch und verwirrend, wenn man ſolche Beihilfe mit der Tödtung eines Einwilligenden verwechſelt [5]). — Wie der Selbſtmord, ſo iſt auch die Selbſtverſtümmlung nur im öſtr. GB. 1803 (II. §. 161) ſchlechthin als ſchwere Polizeiübertretung bezeichnet [6]), während die andern Geſetzgebungen ſie nur dann mit Strafe bedrohen, wenn der Thäter dabei die Abſicht verfolgt, ſich zur Erfüllung einer bürgerlichen Pflicht, — namentlich der Militärpflicht — untüchtig zu machen [7]). b) Die Verletzung eines Einwilligenden iſt in den neueren Geſetzgebungen in keinem Sinne befriedigend behandelt [8]). Ganz allgemein für gleichgiltig iſt der Verzicht des Berechtigten im öſtr. GB. §. 4. erklärt [9]). Das bair. GB. (Art. 123) ſpricht denſelben Grundſatz aus, jedoch mit Ausnahme der Entziehung und der nicht gemeingefährlichen Beſchädigung des Eigenthums [10]).

---

1) ſo in Wirtemb. ſ. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 222. nr. 4. vgl. Wächter N. Arch. X. 672. 673. vgl. die V.O. b. Leonhardt I. 331. n. 4.

2) ohne ſie mit der Tödtung eines Einwilligenden zu verwechſeln, wie es noch neuerdings geſchieht. Jenull I. 160. II. 206. 207. n. a. Wagners Zeitſchr. 1831. H. 4. S. 213 f. 1831. H. 9. S. 171 f. 1835 H. 5. S. 40 f. 1837. S. 360 f. Kitka Zuſ.treffen mehr. Schuldigen. S. 90. 91. v. Zeiller jährl. Beitr. I. 186 ff. und Stübel N. Arch. IX. 577. 597. 598.

3) Preuß. LR. II. 20. §. 834. (vgl. Temme Tödtung S. 142). Braunſchw. GB. §. 148. (vgl. Breym. S. 271). Bad. §. 208. Thüring. Art. 121. ſ. dag. Preuß. GB., wo der §. 311 des Entw. v. 1843 geſtrichen wurde. Beſeler S. 349. vgl. andrerſeits wieder den neuen ſächſ. Entw. Art. 156., den bair. Art. 231.

4) Dies wurde in Wirtemb. zugeſagt, geſchah aber nicht. Hufnagel II. 20—22. III. 287. 288. Namentlich wäre dieſe Behandlung für Anſtiftung zum Selbſtmord zu empfehlen. Pr. LR. §. 834. Braunſchw. GB. §. 148. Pillwitz de animi ad autoch. persuasione und Mittermaier im N. Arch. V. 511. 512, deſſen Einfall jedoch nur im ruſſ. GB. §. 1946 Aufnahme gefunden hat.

5) ſo Stübel, theilweiſe auch das preuß. LR. §. 834 (wogegen das neue preuß. Recht die Tödtung des Einw. ſogar als gemeinen Mord betrachtet, während es die Beih. z. Selbſtmord ſtraflos läßt. Beſeler S. 349), Weiß S. 413. Morſtadt z. F. §. 35. 243. und relativ auch Mittermaier eb. ſ. dag. Held in den N. Jahrb. f. ſächſ. StrafR. 1844. S. 438—441. vgl. Hélie V. p. 222 sq. Rauter traité §. 115. 442.

6) vgl. Stübel N. Arch. IX. 596. 597. Tittmann ſächſ. Entw. II. §. 259 f. Bair. Entw. v. 1822. II. Art. 298.

7) Preuß. LR. II. 20. §. 802. Sächſ. GB. Art. 144. Hannövr. Art. 133. Bad. §. 257—259. Thüring. Art. 139. Preuß. §. 113. Hufnagel II. 869 ff. ſ. jetzt auch Oeſtr. GB. §. 409. 410.

8) Gänzlich oberflächlich iſt Häberlin I. 20.

9) ohne daß jedoch der Ausleger verhindert wäre, mit Hilfe der Beſtimmungen des beſ. Theils bei Freiheit, Eigenthum und Ehre (?) den entgegengeſetzten Grundſatz aufzuſtellen. Jenull I. 156—162 (vgl. II. 206. 272) Hye S. 224. 225.

10) vgl. Anm. I. 307. 308. Henke I. §. 38. Bauer Anm. z. hannövr. Entw. I. 527. (vgl. Schlüter z. Art. 77. n. 2. Bothmer Erört. I. 250. Leonhardt I. 330—333.

Eine ſolche abſtrakte Vorſchrift iſt jedoch verwerflich, ſchon weil ſie von dem GB. ſelbſt nicht durchgeführt werden kann [1]). Sie iſt aber zugleich höchſt ungerecht, indem ſie die Einwilligung des Verletzten nicht einmal als Strafmilderungsgrund gelten laſſen will [2]). Den leztern Fehler haben faſt alle übrigen neuen Geſetzgebungen vermieden, in ſofern ſie (mit Ausnahme des hannövr.) wenigſtens auf die Tödtung eines Einwilligenden weit geringere Strafen ſetzen, als auf gemeinen Mord [3]). Dagegen haben dieſelben auch den andern Fehler des öſtr. und bair. Gbuchs vermeiden zu müſſen geglaubt, — den der Abſtraktion, dabei aber das Kind mit dem Bade ausgeſchüttet, d. h. jede Erklärung über die Frage im Allgemeinen umgangen [4]). Dies muß nothwendig zu Unſicherheit in der Rechtsanwendung führen [5]). Die naturgemäßen Anhaltspunkte ſ. in Anm. 1. ff. —

§. 37.

3) Andrerſeits macht die nothwendige Daſeinsbeſtimmtheit (§. 32) den Fall möglich, daß ein Recht, welches verletzt wird, mit einem andern Rechte kollidirt, welches jenem — als Unendliches dem Endlichen — gegenüberſteht und daher auf Koſten jenes erhalten bleiben muß. Dieſer Fall tritt ein, wenn das Leben ſelbſt mit einem einzelnen Recht der Perſönlichkeit (beſonders dem Eigenthume), — resp. das wirkliche Leben mit einem erſt als möglich zu erachtenden kollidirt. Hier geht das erſtere dem lezteren vermöge des Nothrechts vor, weil das Leben mit dem Daſein der Perſönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zuſammenfällt, mithin in dem Kolliſionsfalle die Verletzung des geſammten Daſeins der Freiheit der Verletzung eines beſchränkten Daſeins derſelben entgegenſteht. Sollte nun das leztere auf Koſten des erſteren erhalten werden, ſo wäre mit dieſem auch der Grund jenes Daſeins negirt, während umgekehrt durch die Anerkennung des Nothrechts die Rechtsfähigkeit überhaupt ihre Anerkennung erhält. N. Rev. S. 596—606 [6]).

---

1) vgl. die neuen bair. Mot. Schlußbem. zum 7. Hauptſtück.

2) Eben dies gilt gegen das neue öſtr. u. preuß. GB. (wenigſtens in Bezug auf Tödtung eines Einwilligenden, während Körperverletzung an einem ſolchen nur im Fall des §. 113 mit Strafe bedroht iſt. vgl. dag. Allg. LR. II. 20. §. 833. 834).

3) Sächſ. GB. Art. 125. Wirt. Art. 239. Braunſchw. §. 147. Heſſ. Art. 257. Bad. 207. (vgl. 259). Thüring. Art. 120. Sächſ. Entw. Art. 155.

4) vgl. Breidenbach I. 1. S. 538–541. Leonhardt I. 330 ff.

5) Auch die ſcharfſinnigen Bem. von Breidenbach S. 541—545 (adoptirt von Leonhardt a. a. O. und von Hufnagel III. 333—335) reichen nicht aus und ſind nur theilweiſe treffend, da ſie das Gebiet der Frage von vorn herein nicht ſcharf abgrenzen. Gegen alle geſetzlichen Beſtimmungen hierüber iſt Mittermaier N. Arch. 1850. S. 112.

6) ſ. außer den nachher anzuführenden Schriften: Fritsch de praesidio necessitatis contra legem. 1661. Stryk de jure necessit. 1712. Wagner Tract. qua regula: necess. n. hab. leg. explic. 1725. Nettelbladt de necessitate ꝛc. 1752. Unger de jure necess. 1752. Tittel de eo quod licet sec. legem. nat. 1765. Simon de ablat. rei alienae in casu necessit. 1675. Schott de furto ex necess. commisso. 1772. Walch de furto fame domin. facto. 1789.

1) Auch hier liegt eine Frage vor, wobei der Einfluß der Philoſophie nicht abzuweiſen, wenigſtens nicht abzuläugnen iſt. Schon Aeltere begnügten ſich hier nicht mit den betr. Stellen des poſitiven Rechts [1]), ſondern beriefen ſich entweder mit Grotius, Puffendorf u. A. darauf, daß an ſich jeder Menſch ein Recht auf gleiche Theilnahme an allen irdiſchen Gütern habe und der Vertheilung des Eigenthums die ſtillſchweigende Bedingung zu Grunde liege, daß man daran im Nothfall nicht gebunden ſei, — oder darauf, daß der Menſch urſprünglich und weſentlich das Recht der Selbſterhaltung habe und daß daher im Nothfalle zu dem weſentlichen Zwecke auch das Recht auf das nothwendige Mittel (fremdes Eigenthum) freiſtehen müſſe [2]). So wenig beiderlei Begründungen befriedigen können, ſo richtig war doch die Stellung der Frage ſelbſt, namentlich die Beſchränkung derſelben auf den Fall der Kolliſion eines größeren Rechts mit einem geringeren. Ganz andere Anſichten dagegen ſtellten Kant und Fichte auf [3]) (jener freilich in offenbarem Widerſpruch mit ſeiner eigenen Grundlegung des Strafrechts). Das Wichtigſte hiebei war die gänzliche Veränderung der Frageſtellung, indem nunmehr die Kolliſion gleicher Rechte (Leben mit Leben) vorausgeſetzt wurde. Die konſequente Folgerung aus der Grundanſicht, d. h. die Aufhebung des Rechtsverhältniſſes ſelbſt infolge der Aufhebung der Möglichkeit der Koexiſtenz, iſt aber nicht einmal von Kant ſelbſt, ſondern erſt von Fichte ausgeſprochen [4]). Bei dieſer Auffaſſung war nun natürlich mit der Geſtattung der Vernichtung fremden Lebens auch die Geſtattung der Verletzung jedes beſchränkteren Rechts der Perſönlichkeit von ſelbſt geſetzt [5]). Es war aber wenigſtens die exorbitante Ausdehnung des Nothſtandsbegriffs dadurch wieder gemäßigt, daß derſelbe nur dem ſelbſt in Lebensgefahr Befindlichen zu Gut kommen konnte. Freilich war dagegen praktiſch um ſo gefährlicher die ganze Begründung auf das Wiedereintreten des Naturzuſtandes, womit begreiflich alles Nothrecht geläugnet [6]), mithin auch dem, welcher dem Verhungernden ꝛc. das geraubte Stück Brod nicht gönnt, ebenſowohl die Befugniß brutaler Gewalt eingeräumt wurde, wie jenem ſelbſt. — Weit weniger konſequent und praktiſch noch verderblicher war die von Kant ſelbſt gegebene Entſcheidung, womit die Frage auf ein ganz andres Gebiet, das der Zurechnung (Schuld) hinübergeſpielt wurde. Gerade dies hat aber nach Feuer-

---

Steiger Verm. Aufſätze ꝛc. 1809. nr. VIII. Cremani I. P. 1. c. 4. v. Soden Geiſt d. peinl. Geſ.geb. I. §. 316 ff.

1) Nicht zu dieſen gehören allerdings J. Clar. V. §. furtum nr. 24. J. Menoch. de arb. jud. qu. II. 2. c. 182. Gail. Obs. 142. n. 8. Bossius pr. crim. tit. de furt. n. 52. Damhouder c. 110. n. 36. J. de Bellov. I. c. 8. n. 47. 48. H. Bocer de furt. c. 2. n. 168. 169. Carpzov qu. 83. n. 40—52.

2) Grot. II. c. 2. §. 6 sq. Puffendorf J. N. et G. II. c. 6. Kress ad art. 166. Leyser sp. 537. med. 1. 2. (vgl. sp. 434. med. 19). Böhmer qu. 28. obs. 2. qu. 83. obs. 3. und ad art. 166 §. 1. v. Zeiller in d. öſtr. Zeitſchr. 1825. I. 103—110. Erſted im N. Arch. V. 348—351.

3) Kant Metaph. Anf.Gründe der Rechtslehre XLI. XLII. Fichte Grundl. d. Nat.R. II. 85 ff. vgl. Gros §. 39. 40.

4) vgl. Grolman §. 23. 138.

5) Sehr bemerkenswerth ſind aber die Zweifel, welche gerade in dem in dieſer Beziehung wichtigſten Falle Grolman §. 23. n. a. äußert u. bei der Falſchheit des angenommenen Grundprinzips äußern muß. ſ. auch Wächter I. §. 56. n. 13.

6) ſ. beſ. Gros Naturrecht. §. 39. 40.

bachs [1]) Vorgang bei den meiſten Kriminaliſten Beifall gefunden [2]). Er erklärte nämlich die Handlung im Nothſtande (d. h. bei dringender Gefahr für das Leben) zwar für ein factum non inculpabile, wohl aber für ein factum impunibile, weil die durch das Geſetz angedrohte Strafe doch nicht größer, als die des Verluſts des Lebens, ſein, ein ſolches Strafgeſetz aber die beabſichtigte Wirkung gar nicht haben könnte, ſofern die Bedrohung mit einem noch ungewiſſen Uebel die Furcht vor einem gewiſſen Uebel nicht zu überwiegen im Stande ſei. Hiemit war nun allerdings der Gedanke eines Nothrechts, gleichfalls offen preisgegeben [3]); — dagegen auch die Rechtfertigung der fraglichen Verletzungen aus dem Wiederaufleben des Naturzuſtands beſeitigt. Allein die ſubjektive Wendung der ganzen Frage war der unglücklichſte Ausweg [4]). Vor allem forderte nun die Konſequenz, den bereits auf die Kolliſion von Leben und Leben ausgedehnten Begriff des Nothſtands noch weiter auszudehnen. Auch ließ es Feuerbach hieran nicht fehlen, indem er behauptete, daß auch pſychologiſcher Zwang (Drohung) [5]) die Zurechnung aufhebe. Dieſe Ausdehnung hat ſogar bei ſolchen, welche ſonſt nicht der Feuerbachiſchen Schuldlehre zugethan ſind, Nachahmung gefunden [6]). Ganz abgeſehen aber von der Richtigkeit des herbeigezogenen ſubjektiven Entſcheidungsmoments, müßte jedenfalls eine geſunde Praxis gegen die außerordentliche Dehnbarkeit deſſelben Einſpruch einlegen. Mit der Maxime, daß der Staat von ſeinen Bürgern keinen Heroismus zu fordern habe, wäre ein Freibrief für mannigfaches Unrecht ertheilt [7]). Dies iſt denn auch in der Doktrin keineswegs unbemerkt geblieben, vielmehr eingeſehen worden, daß in ſehr vielen Fällen mindeſtens nicht von Strafloſigkeit, ſondern nur von verminderter Strafbarkeit die Rede ſein könne [8]). Je weiter aber ferner aus jenem ſubjektiven

---

1) Lb. §. 91. Es iſt nicht wohl in Abrede zu ſtellen, daß der merkwürdige Einfall Kants einen weſentlichen Theil der Feuerbachiſchen Strafrechtstheorie ſchon im Keime enthält.

2) vgl. Thibaut Krit. z. Feuerb. S. 43 ff. Tittmann I. §. 88. 89. Schröter §. 103—106. Roßhirt Lb. §. 25. Martin §. 40. Henke I. 206. 335—338. Bauer §. 129. j. §. 50. n. c. Kleinſchrod Syſtem. Entw. I. §. 156—158. Rossi II. p. 212—225. Mittermaier n. 1. z. F. §. 91. Breidenbach I. 1. S. 526 f. 573 f. Breym. S. 196. Hélie II. p. 261—271 (hier wird ſogar behauptet, daß der Nothſtand weniger entſchuldige, als der moraliſche Zwang). ſ. übr. auch ſchon Clar. qu. 60. nr. 17. Farinacius qu. 97. nr. 11. 24. Tiraquell. de poen. temp. Caus. 33.

3) Gerade dies wurde mit großer Beeiferung nachgeſprochen. ſ. z. B. Bauer Naturrecht. 3 A. §. 43. Schröter S. 145. n. 1. Tittmann a. a. O. Breidenbach S. 528.

4) ſ. auch Baumeiſter Bemerk. H. 1. S. 87—99.

5) Bemerkenswerth iſt übrigens (abgeſehen von dem Irrthum im Prinzip) der Streit unter den Vertheidigern des Satzes darüber: wie groß das angedrohte Uebel ſein müſſe. Feuerbach §. 91. Tittmann §. 88. v. Soden Geiſt der peinl. Geſ.Geb. I. §. 315. Cremani I. P. 1. c. 4. §. 3. 4. Filangieri IV. 253 f. Kleinſchrod a. a. O. u. Renazzi ib. cit. Henke I. 335—338. Schröter S. 146.

6) Grolman §. 41. n. a. Wächter I. §. 68. n. 29. Jarcke I. 181—183. Heffter §. 40. Roßhirt Entw. S. 202—204. Weber im N. Arch. X. 448.

7) ſ. z. B. Schröter S. 147. n. 5.

8) Rossi II. 212 sq. Henke I. 335—338. Cremani I. 1. c. 4. §. 3. v. Almendingen rechtl. Imputation S. 89. Tittmann §. 88. vgl. Bar-

Grunde der Begriff des Nothſtands ausgedehnt wird, um ſo mehr nöthigt der geſunde Menſchenverſtand dazu, dieſe exorbitante Ausdehnung durch eine vollkommene Freigebung des Rechts der Nothwehr an den durch den vermeintlichen Nothſtänder Angegriffenen zu mäßigen [1]). Eben damit fällt jedoch dieſe Anſicht indirekt auf den Standpunkt derjenigen zurück, welche beim Nothſtand Gewalt vor Recht ergehen läßt. Der Haupteinwand gegen die Feuerbachiſche Anſicht beſteht aber freilich in ihrer Unwahrheit auf ihrem eigenen (ſubjektiven) Gebiet [2]). — Während nun die angef. Deduktionen ſich auf rechtliche Momente ſtützen, ſo iſt es dagegen ein vages politiſches Raiſonnement, wenn von Carmigniani, relativ auch von Roſſi die Strafloſigkeit des Verbrechens im Nothfalle aus der geringen Gefahr abgeleitet wird, die daraus für die bürgerliche Geſellſchaft hervorgehe. Unter eine ganz andre Kategorie gehört dagegen das im §. deduzirte Nothrecht [3]). Dieſes iſt als wahres Recht aufzufaſſen, wogegen denn auch kein Recht der Nothwehr ſtatuirt werden darf [4]). Denn eine rechtlich erlaubte Handlung, die zugleich rechtlich unerlaubt ſein ſoll, iſt ein Unſinn [5]), deſſen Behauptung eben nur durch die alle Begriffe verwirrende Ausdehnung des Nothſtandsbegriffs nothwendig geworden iſt. Dagegen iſt denn auch eben dieſer Begriff auf den im §. angegebenen Umfang [6]) einzuſchränken und die Menge andrer Fälle, die man ihm nach und untergeſchoben hat, unter diejenigen Geſichtspunkte zu verweiſen, unter welche ſie in Wahrheit gehören.

---

beyrac Not. z. Puffend. I. p. 83. Covarruv. I. p. 2. c. 3. §. 4. Jousse I. p. 626. Farinac. qu. 97. n. 24.

1) Luden Hdb. I. 308. Breidenbach I. 1. S. 528.

2) Auch dies iſt neuerdings von Luden Abh. II. 509. 510. Handb. I. 304—310. 327—330 anerkannt worden (vgl. Breidenbach I. 1. S. 526 f. 573 f.), dabei aber die ganze Frage auf eine Weiſe behandelt, die noch weit weniger Beifall verdient. Häberlin I. 30. n. 2. (vag).

3) Hegel §. 127. Michelet Moral S. 159 f. Wirth Ethik I. 109. Abegg Lb. §. 107. 108. Unterſ. S. 107 f. 180 f. 279 f. 340 f. (ſ. N. Rev. S. 602), vgl. Oerſted im N. Arch. V. 345 f. Marezoll S. 88. 89. Auf dieſen Standpunkt ſtellt ſich auch Baumeiſter a. a. O., verwirft jedoch die hier gemachte Beſchränkung und nimmt auch Nothſtand infolge pſychiſchen Zwangs an. Er ſagt: das Rechtsverbot, Niemand zu verletzen, müſſe durch das ſittliche Gebot der Selbſterhaltung als der Bedingung der Möglichkeit aller Sittlichkeit berichtigt werden; der vernünftige Wille der Geſammtheit könne nichts zum Inhalte haben, was der Wille keines Individuums ſein könne. Allein dieſe Deduktion leidet an dem offenbaren Widerſpruche, daß die Bedingung der Möglichkeit der Sittlichkeit gerade durch das Gegentheil der Sittlichkeit erhalten werden ſoll. Daher wagt auch B. nicht die Handlung im Nothſtand für rechtmäßig zu erklären und entzieht ſich der Fatalität, keine Grenzen eines ſo vagen Begriffs angeben zu können, durch den Troſt, daß Geſchworne ſolche ſchon zu finden wiſſen werden.

4) Sehr zweideutig erſcheint hier Abegg §. 353.

5) Kant und Feuerbach werden natürlich von dieſem Vorwurf nicht getroffen.

6) Ueber Perforation ſ. N. Rev. S. 602—606 u. die dort Angef., dazu N. Arch. I. 513—515. Mittermaier eb. VIII. 596 f. 1835. S. 147—150; n. 2. z. Feuerb. §. 207. Jarcke III. 200. n. 11. Abegg Unterſ. S. 85 f. Heffter §. 262. n. 2. Telting de jur. nondum nat. Grön. 1826. Naegele de j. vitae et nec. quod comp. med. 1827. Janoulli üb. Kaiſerſchnitt ꝛc. 1834. Schaffrath de j. vitae et necis, quod comp. dic. med. 1840. Düntzer die Kompetenz d. Geburtshelfers ꝛc. 1842.

2) Die Quellen des gemeinen deutſchen Strafrechts [1]) erkennen ein Nothrecht nicht in weiterem Umfang an, als der §. es beſchreibt, und in Beziehung auf ſie giebt es überall nur Streitfragen hinſichtlich der Modalitäten, nicht hinſichtlich des Prinzips. Es handelt ſich darin nur von der Kolliſion zwiſchen Leben und Eigenthum, und die Ausleger ſtritten ſich nur darum, was rechte Hungersnoth ſei [2]), ob bloß Entwendung von Eßwaaren, oder auch eine Entwendung andrer Gegenſtände hierher gehöre [3]), wie weit der Kreis von Perſonen auszudehnen ſei, zu deren Beſten auch von einem nicht ſelbſt im Nothſtand Befindlichen das Nothrecht ausgeübt werden dürfe [4]), ob Nothrecht auch bei einem durch eigene Schuld herbeigeführten Nothſtande ſtattfinde [5]), in wie weit es auch eine bedeutendere Entwendung legitimire [6]), u. ſ. f. Auf die Erweiterung des Nothſtandsbegriffs zu den Fällen von Kolliſionen zwiſchen Leben und Leben kam die Doktrin bis gegen das Ende des vor. Jhs. gar nicht, um ſo weniger, da gerade Rechtslehrer vom bedeutendſten Anſehen, wie namentlich Carpzov, im Gegentheil ſich dahin neigten, das Nothrecht ſelbſt in ſeiner richtigen eingeſchränkten Bedeutung unbefugter Weiſe noch mehr einzuſchränken, auch die Polemik hiegegen aber (von Kress, Leyser, Böhmer ꝛc.) von Gründen ausgieng, die entweder an ſich einer ſolchen Erweiterung entgegenſtanden [7]), oder ſie etwa zu rechtfertigen fähig geweſen wären [8]), aber wenigſtens nicht in dieſem Sinne ausgebeutet wurden. Gleichwohl lag in der Berufung auf das unbedingte Recht der Selbſterhaltung wenigſtens die Vorbereitung zu der Ausdehnung, welche der Frage ſeit Kant in ſo maßloſer Weiſe gegeben wurde [9]). Dieſe maßloſe Ausdehnung iſt denn auch mehr oder weniger in alle neueren Geſetzgebungen über-

---

1) Dist. I. c. 11. — c. 4 X. de R. J. (5. 41). C. 3 X. de furt. (5. 18). Bamberg. Art. 192. P.G.O. Art. 166. 175.

2) Carpzov. qu. 83. n. 43—45 u. die dort Angef. Kress ad art. 166. §. 1. n. 2. Böhmer ad art. 166. §. 2. 4. Stryk de j. necess. c. III. §. 3. Leyser sp. 537. med. 1. 2.

3) nach dem Kan. R. u. P.G.O. Art. 175 zu bejahen. Kress u. Böhmer l. c., wie ſchon Carpzov. qu. 83. n. 46. Tittmann I. §. 89. n. o. Abegg §. 252. A. M. Berger El. jur. I. p. 54 u. noch Feuerbach §. 321. n. 4, ſ. ab. Struben III. Bed. 137. Mittermaier n. 1. z. §. 321. Vaillant de lib. volunt. ad del. p. 153.

4) Böhmer l. c. §. 3. Schulz de del. pro amico. Tittmann a. a. O. not. w. Schröter I. 147. Wächter I. 97 ob. Feuerbach §. 321. n. 2.

5) Leyser l. c. Stryk c. 3. §. 2. 5. Struven de praesidio necess. c. legem. Sect. 4. §. 5. Koch instit. §. 174. not. Schott l. c. §. 9. — vgl. Böhmer ad Carpz. qu. 83. obs. 3. med. ad art. 166. §. 7. Quiſtorp II. §. 375. Tittmann §. 89. not. t. u. Martin §. 40 a. E. Thibaut Kritik S. 45. Soden a. a. O. I. §. 319. Schröter S. 147. n. 5. Luden I. 308—310. Hefſter §. 40. n. 2. Marezoll S. 88. n. 4.

6) Stryk c. 2. §. 8. 9. c. 3. §. 6. Böhmer ad art. 166. §. 6. v. Soden I. §. 316. Tittmann §. 89.

7) wie namentlich die von H. Grotius entlehnten.

8) wie die von Leyser u. Böhmer angef. vgl. noch die Mot. z. neueſten bair. Entw. Art. 62 und den hier wieder ſehr ſelbſtgefällig unwiſſenſchaftlichen Ausſch.ber. z. Art. 64—75. (1851).

9) Dabei war es ſehr von Gewicht, daß ganz ähnliche Anſichten auch außerhalb Deutſchlands herrſchend wurden, ſo namentlich durch Filangieri (auf den ſich auch Jenull I. 147 beruft), und in Beziehung auf Zurechnung bei moraliſchem Zwang ſogar ſchon durch Clarus, Farinacius u. A.

gegangen, indem sie nicht allein den Begriff des Nothstands auf die Kollision von Leben und Leben miterstrecken, sondern auch denselben mit dem (physischen und) psychischen Zwang unter Eine Rubrik bringen. So schon das östr. GB. §. 2. e. [1]). Das bair. GB. Art. 121 und der Code art. 64 erwähnen sogar des Nothstands gar nicht, sondern nur des Zwangs [2]). Das preuß. LR. jedoch trennte beides ganz richtig, beschränkte den Begriff des Nothstands im Sinne der älteren Doktrin und fehlte nur darin daß es ein Nothrecht nicht anerkannte, sondern auf die Begnadigung verwies [3]). Dagegen sind die Gesetzgebungen seit 1838 in diesem Punkt fast durchgängig Kinder der Kant-Feuerbachischen Zeit. Sie enthalten obligate Artikel über den psychologischen Zwang [4]), daneben aber auch solche über den Nothstand [5]). In Beziehung auf lezteren stimmen sie darin überein, daß sie die im §. angegebene Beschränkung nicht anerkennen [6]), sondern unter der gegebenen Voraussetzung einer Lebens- (resp. Leibes-) Gefahr jede Verletzung, die Verletzung fremden Lebens nicht ausgenommen, für straflos erklären. Schon deshalb kann nach diesen Gesetzgebungen von einem Nothrecht, wodurch das Recht der Nothwehr ausgeschlossen wäre, nicht die Rede sein [7]). Dagegen ist im Einzelnen wenig Uebereinstimmung vorhanden, und zwar a) über die Art oder den Grad der Gefahr, wodurch überhaupt das Verhältniß des Nothstands begründet werden soll, indem bald Lebensgefahr gefordert, bald auch Leibesgefahr zugelassen, dann aber bald „Leib und Leben", bald „Leib oder Leben" genannt wird, — wobei denn die Verkehrtheit dadurch noch um so größer wird, daß nicht selten beim Nothstand bloß von Lebensgefahr, dagegen bei der Drohung von Gefahr für Leib und (oder) Leben die Rede ist [8]), b) über das Requisit des Unverschuldetseins des Nothstands, das

---

1) vgl. Jenull I. 146. 147. 399. jetzt §. 2. g. Hye S. 196. 197 (zieht gar noch den Befehl mit herein). Jetzt auch der bair. Entw. Art. 62.

2) s. jedoch die Anm. z. bair. GB. I. 232 u. über verschiedene Auslegung des Code Hélie II. p. 269—271 u. Mittermaier n. 2. z. F. §. 321.

3) II. 20. §. 19—21. 1115. vgl. d. Entw. 1843. §. 91. 1847. §. 59. Revis. 1845. I. 203. 204 (sehr bedenkenswerth). Das Ges. buch von 1851 §. 40 dagegen nennt wieder nur den Zwang und läßt den Nothstand ganz weg. s. indessen Goldtammer I. 373—375. 413. 414, wornach das hier Ausgeführte (übrigens auf Eigenthumsverletzungen beschränkt) gilt.

4) Sächs. GB. Art. 69. Wirt. Art. 101. Hannövr. Art. 84. nr. 8. Braunschw. §. 33. Hess. Art. 39. Bad. §. 82. Preuß. §. 40. Thür. Art. 64. Sächs. Entw. Art. 89.

5) Sächs. GB. Art. 72. Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Braunschw. §. 34. Hess. Art. 45. Bad. §. 81. Thüring. Art. 65. Sächs. Entw. Art. 88.

6) Ausgen. das preuß., das aber dafür bei der Drohung eine um so gefährlichere Vagheit zeigt. Goldtammer I. 370—373. 411—413 (!).

7) Sie nennen auch überdies die That eine unerlaubte oder gesetzwidrige, die nur nicht zurechenbar od. nicht strafbar sein soll (factum non inculp., sed impunibile) (beim hannövr. GB. vgl. Art. 84 u. 82). Damit stimmen freilich die Begründungen in den Kommentaren nicht immer überein, z. B. von Hufnagel I. 226—228, der sich an Gros (d. h. Fichte) hält, während Breidenbach S. 527 sich auf Kant beruft, aber eigentlich mit Luden sympathisirt ebenso, wie gewöhnlich, Leonhardt I. 362. 363), dagegen in Braunschweig, Baden, (resp. Preußen) die Unzurechnungsfähigkeit als ratio leg. vertheidigt wurde. A. M. Goldtammer S. 412 (?).

8) s. bes. Hannövr. GB. Art. 84. nr. 7. 8. Sächs. ständ. Schrift (Weiß S. 300). Wirt. Art. 101. 106. Hess. Art. 39. 45. vgl. die Noth der Kom-

bald gar nicht erwähnt [1]), bald enger oder weiter gefaßt ist [2]), ohne daß jedoch irgend eine dieser Wendungen als befriedigend erscheinen könnte; c) über die Frage, ob nur der eigene Nothstand, oder auch der Nothstand andrer Personen für die zur Abwendung desselben begangene That Strafloſigkeit bewirke? Das hannövr. GB. spricht nur vom eigenen Nothstand. Der preuß. Entw. v. 1843 dehnte im Gegentheil das Privilegium im Sinne der allgemeinſten Humanität aus [3]). Dagegen mahnen alle anderen neueren Geſetzgebungen wenigſtens inſofern an die P.G.O. (Art. 166), als ſie entweder überhaupt auch die „Angehörigen" nennen [4]), oder ſich die Mühe geben, den Kreis dieſer Angehörigen beſtimmter (freilich in ſehr verſchiedener Weiſe) zu umſchreiben [5]), wobei ſie ſämmtlich über die P.G.O. hinausgehen. Eigenthümlich iſt das heſſ. GB. [6]), welches in dem Fall, wo es die Rettung irgend eines fremden Lebens durch Eingriff in fremdes Eigenthum gilt, einen ſolchen Eingriff für ſtraflos erklärt. — Schon dieſer Mangel an Uebereinſtimmung in den wichtigſten praktiſchen Fragen ſpricht wohl ſehr gegen dieſe moderne Behandlungsweiſe. Abgeſehen aber von der unzuläßigen (wenn auch in mehreren Gbüchern durch formelle Trennung verdeckten) Vermengung mit den Fällen des phyſiſchen und pſychiſchen Zwangs, machte die ungebührliche Ausdehnung des Begriffs des Nothſtands an ſich verſchiedene Beſchränkungen nöthig, die man aus der (übrigens anerkanntermaßen [7]) keineswegs paſſenden) Analogie der Nothwehr entnahm. Von dieſen Beſchränkungen ſind denn allerdings die zwei ganz in der Sache gegründet, daß die Lebens- oder Leibesgefahr eine äußerſte, unmittelbare, dringende, anders nicht abwendbare

---

mentatoren, z. B. Breidenbach I. 1. S. 531 f. 574. 575. Leonhardt I. 363. Luden Hdb. I. 306. n. 5. Noch viel weiter geht die preuß. Auslegung, die Gefahr für Ehre, Freiheit, Eigenthum bei der Drohung (nicht beim Nothſtand, der Lebensgefahr vorausſetzt) genügen läßt! Ebenſo weit geht — bei Drohung u. Nothſtand — Hye a. a. O. Der ſächſ. und bair. Entw. ſetzen dagegen Drohung und Nothſtand gleich u. fordern Leibes- od. Lebensgefahr.

1) ſo im Wirt. GB. Gleichwohl ſpricht Hufnagel I. 227 von „unverſchuldeter" Hungersnoth.

2) ſ. einerſeits das ſächſ. GB. Art. 72. vgl. Weiß S. 300. n. 1. Groß I. 129. Hermann Beurth. 148. Krug Studien I. 143., das hannövr. Art. 84. nr. 7. vgl. Art. 94. nr. 3. Gans Beleucht. S. 220. Leonhardt I. 364., das Braunſchw. §. 34. — andrerſeits das Heſſ. Art. 45, das Bad. §. 81, vgl. Breidenbach I. 1. S. 578—580. Am richtigſten ſcheint die Beſtimmung zu ſein, daß die Gefahr nicht die rechtliche Folge des eigenen Handelns geweſen ſein dürfe. Luden Hdb. I. 308—310.

3) vgl. die Wirtemb. KammerVerh. b. Hufnagel I. 227. Nach Goldtammer I. 413. 414 iſt auch das GB. noch ſo auszulegen.

4) Sächſ. GB. Art. 72 (nicht bloß Verwandte). vgl. Weiß S. 300. n. 2. Breidenbach I. 1. S. 529. n. 1.

5) Wirt. GB. Art. 106. Braunſchw. §. 34. 73. Heſſ. Art. 45. j. 39. Bad. §. 81. vgl. Breidenbach S. 528—530. 575—577 (gegen eine ſehr fatale Beſtimmung des heſſ. GB.). Luden Hdb. I. 327—329.

6) Mit Recht tadelt Breidenbach S. 577. 578 die Inkonſequenz der betr. Beſtimmung, die er S. 529 der „Romantik u. Senſibilität" beſchuldigt. Von andrem Standpunkt aus kann man dagegen gerade in dieſer Inkonſequenz ein anerkennenswerthes Ueberbleibſel des alten richtigen Begriffs von Nothrecht finden.

7) Breidenbach S. 580. 581. Leonhardt I. 363. Neue bair. Mot. vgl. die preuß. Vhdl. b. Goldtammer I. 370. 371 (?).

ſein muß [1]), und daß für den Gefährdeten nicht eine beſondere Rechtspflicht zur Uebernahme der Gefahr beſtanden haben darf. (Bad. GB. §. 83. Sächſ. Entw. Art. 88). Dagegen zeigt ſich bei den übrigen, z. B. daß der Nothſtand unverſchuldet geweſen ſein müſſe (ſ. o.), daß kein „Exzeß" (!) begangen [2]), kein gelinderes Mittel ungebraucht geblieben ſein dürfe ꝛc. [3]), einerſeits ein der Rechtsſicherheit durchaus gefährliches Schwanken, andrerſeits der Widerſpruch, daß die mit einer Hand gewährte Freiheit durch die andre wieder im Keime erſtickt wird. Eben damit hängt denn auch die hie und da vorkommende Beſtimmung zuſammen, daß eine im Nothſtande begangene Verletzung bei Strafe ſofort angezeigt werden müſſe [4]).

Zweites Kapitel.

Die Handlung.

§. 38.

Der dargelegte Inhalt des Verbrechens fordert 1) als ſeine nothwendige Form die Handlung, d. h. eine auf den Willen eines Subjekts als Urſache zurückzuführendes Thun. Damit erhebt ſich aber 2) die Frage nach der Möglichkeit dieſes Begriffs, welcher als die Bedingung für den des Verbrechens erſcheint. Aus der bejahenden Entſcheidung dieſer Frage ergiebt ſich 3) die Wirklichkeit deſſelben in den verſchiedenen Modifikationen, deren er fähig iſt.

Erſter Abſchnitt.

Nothwendigkeit der Handlung als Form.

§. 39.

Der Begriff des Verbrechens entſteht (§. 2. 5.) durch die Losreißung des Einzelwillens aus ſeiner Einheit mit dem allgemeinen. Es iſt hiernach als Produkt des gegen die beſtehenden Normen der Welt der objektiven Sittlichkeit ſich auflehnenden Einzelwillens geſetzt. N. Rev. S. 51—53. §. 69—71.

§. 40.

1) An ſich iſt der Begriff der Rechtsverletzung nicht in dieſer

---

1) Sächſ. GB. Art. 72. Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84, nr. 7. (Leonhardt I. 363). Braunſchw. §. 34. Heſſ. Art. 45 (Breidenbach S. 573. 574). Bad. §. 81. Bair. und ſächſ. Entw. Beim Nothſtand auch in Preußen, wogegen bei der Drohung die Auslegung von Goldtammer I. 412 (?) viel weiter geht; überall weiter geht Hye S. 196. 197.

2) Breidenbach I. 1. S. 580. 581. Leonhardt I. 363 unt.

3) Luden Abh. II. 511. Note. Breidenbach S. 531. 573. 574.

4) Wirt. GB. Art. 106. Braunſchw. §. 168.

Weiſe beſchränkt [1]), ſondern umfaßt jede wirkliche oder wenigſtens unmittelbar drohende Veränderung eines Daſeins, in deſſen ungekränktem Beſtehen irgend ein beſtimmtes Recht ſeine angemeſſene Erſcheinung hat. Aber 2) eine Verletzung des Rechts als Rechts (§. 6) kann nicht gedacht werden ohne ein Wiſſen um die ſubſtantielle Natur des Rechts und ein bewußtes Wollen des Gegentheils. Hiemit iſt 3) als einzig möglicher Hervorbringer eines Verbrechens ein Subjekt, d. h. ein Denkens- und Willensfähiger Menſch geſetzt. N. Rev. §. 129.

1) Die Frage, ob auch eine moraliſche Perſon Verbrechen begehen könne, iſt mit Recht von Hefftter für eine ſolche erklärt, die jezt nur noch als Schulfrage zu betrachten ſei [2]) und faſt allgemein verneint werde [3]). Der weſentliche Grund für dieſe Verneinung liegt darin, daß der fiktionsweiſe einer moraliſchen Perſon zugeſchriebene Wille überall ſeine Grenze an dem vom Staat gebilligten Zweck derſelben hat, gleichviel ob die moraliſche Perſon bloße Sachkomplexe oder ob ſie (wie namentlich Korporationen) eine Anzahl phyſiſcher Perſonen zur wirklichen Unterlage hat [4]). Denn, was den lezteren Fall betrifft, ſo iſt die Behauptung irrthümlich, in der Konſequenz der juriſtiſchen Fiktion, daß die Handlungen, welche in verfaſſungsmäßiger Form durch den gemeinſamen Beſchluß der Mitglieder zu Stande kommen, als Handlungen der moraliſchen Perſon ſelbſt zu betrachten ſeien, liege folgerichtig die Möglichkeit, daß dieſe moraliſche Perſon ein Verbrechen begehe [5]). Mit vollem Rechte wäre hierauf zu entgegnen, daß hiernach anzunehmen wäre, der Staat habe die Korporation, indem er ihr die Eigenſchaft einer moraliſchen Perſon beilegte, auch zur Begehung von Verbrechen autoriſirt. Sonderbar iſt es, wenn hiegegen eingewendet wird [6]): der Staat verbiete ja

---

1) A. M. Berner Theilnahme am Verbrechen. S. 41 unt. Damit wäre aber die Nothwehr gegen den Angriff eines Unzurechnungsfähigen ausgeſchloſſen. In Beziehung auf die ganze Polemik in der geb. Schrift ſ. meinen Art. in den Jahrb. d. Gegenw. 1847. H. 2. S. 140—157.

2) A. M. Berner a. a. O. S. 173—178, der die Frage für ſchwierig erklärt.

3) Oldendorp de jure et aequit. for. 1541 p. 154 sq. Malblanc Opusc. nr. 1. Klein Grundſ. §. 136 und A. Arch. III. 3. S. 16 f. Feuerbach §. 28. (vgl. §. 138. not. 3). Grolman §. 30. 57. 143. 148. Henke I. 383 ff. Werner Hdb. S. 92 Anm. Wächter I. §. 75. Martin §. 38. Jarcke I. 133 ff. Hefftter §. 46 n. 1. Abegg §. 70. 71. Marezoll S. 61—64. Roßhirt in ſ. Zeitſchr. II. 142. Geſterding Nachforſchungen II. 399. Mittermaier z. F. §. 28. Morſtadt eb. not. 4. Haubold opusc. ad. Stieber II. p. 604 sq. und praefat. p. LXXIII. v. Savigny Syſtem II. 310 ff. Gutermann doctr. j. crim. de univ. 1839. Lauenstein de univ. non delinqu. 1840. Ziegler die Verbrechensunfähigkeit juriſt. Perſonen. 1852.

4) A. M. Berner a. a. O. ſ. aber v. Savigny II. 315.

5) Dieſe Konſequenz haben allerdings mehrfach die ital. Juriſten des MA. gezogen, z. B. Gandinus de malef. p. 68. Clarus §. fin. qu. 16. n. 7—9, jedoch nicht allgemein, wie Mittermaier und Berner behaupten. ſ. Bart. bei Carpz. qu. 41. nr. 7. cit. Von demſelben Satze gehen aber auch mehrere aus, welche nachher aus andern Gründen auf das richtige Reſultat kommen. z. B. Marezoll, Berner.

6) ſ. Berner a. a. O. Daſſelbe hat auch ſchon Schröter vorgebracht S. 76. not. 2. ſ. dag. Henke I. 394. not. 10.

auch jedem Einzelnen Verbrechen zu begehen, und doch werde niemand behaupten wollen, Alles, was der Einzelne gegen die Geſetze thue, ſei nicht ſeiner Perſon zuzurechnen, weil der Staat die Erlaubniß zu handeln für dieſe Perſon nicht auf Verbrechen ausgedehnt habe. Denn der Unterſchied ſpringt in die Augen, daß die phyſiſche Perſon ihre Perſönlichkeit und ihren Willen nicht erſt vom Staate zugetheilt erhält, dagegen bei der moraliſchen beides erſt durch dieſe Zutheilung entſteht, folglich auch nur ſoweit vorhanden ſein kann, als es von Seiten des Staats als Vertreters der objektiven Sittlichkeit geſchehen kann und darf [1]). In jener falſchen Argumentation liegt eine gänzliche Verkennung des Unterſchieds der Begriffe der Perſönlichkeit und der Subjektivität. Leztere, welche allein die Wurzel des Böſen iſt, kommt eben nur der phyſiſchen Perſon zu und kann auf eine moraliſche ſchlechthin nicht übertragen werden [2]). — Hiernach iſt es theils ſchief, theils überflüſſig, wenn Andre für das gleiche Reſultat andre Gründe vorbringen, z. B. daß alle oder doch die meiſten Strafen auf moraliſche Perſonen nicht anwendbar ſein würden [3]), oder daß das Strafrecht ſich überall nicht mit Fiktionen, ſondern nur mit materieller Wahrheit zu befaſſen habe [4]), oder daß ſonſt Unſchuldige geſtraft werden würden [5]). — Daß moraliſche Perſonen infolge ihrer Handlungen privatrechtliche Rechtsnachtheile erleiden können, präjudizirt der hier ausgeführten Anſicht nicht, da die Uebertragung rein privatrechtlicher Normen auf das Strafrecht unzuläßig iſt [6]). — Allerdings war indeſſen die entgegengeſetzte Entſcheidung der Frage früher ſehr verbreitet [7]) und wird auch von Neueren noch vertheidigt. Konſequent verfahren hiebei übrigens nur diejenigen, welche zur Begründung eines Verbrechens auch einen von der Mehrheit gefaßten Beſchluß hinreichen laſſen [8]), während Andre prinziplos die Einſtimmig-

---

1) Malblank, Henke, Jarcke, Feuerbach a. a. O. Daß letzterer §. 138. n. 3 ſich in Widerſpruch mit ſich ſelbſt verwickle, iſt eine ganz unbegründete Behauptung von Berner. Weit eher war dies von Klein zu bemerken, dem er eine „ganz treffende Entſcheidung der Kontroverſe" nachrühmt. Den Aufſatz im A. Arch. ſcheint er freilich nicht geleſen zu haben? vgl. Wächter Lb. I. S. 124. f. auch Zachariae lib. quaestionum. 1805. p. 88. Haubold l. c. c. 4. §. 15. Stübel Theilnahme S. 41. n. 35.

2) Henke I. 384. 394. n. 10. Abegg Lb. S. 110. Darauf kommt auch die Argumentation von Hefftter u. Martin hinaus. vgl. beſ. noch v. Savigny a. a. O. Marezoll S. 62. (Breidenbach I. 1. S. 565—569). A. M. Roßhirt Entw. S. 355.

3) Klein und Grolman a. a. O. vgl. Anm. z. bair. Strafgb. I. 161. 162.

4) Henke I. 383. 384 und Blackstone u. Coke ib. citt., jetzt wieder Berner a. a. O., der hieraus ſein einziges Argument macht.

5) ſ. das kan. Recht. Carpzov a. a. O. Marezoll und Morſtadt a. a. O.

6) v. Savigny a. a. O. Marezoll S. 63. not. 1. Die betr. Bemerkung von Marezoll führt Berner billigend an (S. 178 Anm.), braucht aber gleichwohl S. 175 den privatrechtlichen Satz als Argument für die Delinquirfähigkeit der Korporationen als ſolcher.

7) ſ. beſ. Gandinus und Clarus a. a. O.

8) Willenberg de universitate delinqu. 1720. Vosmaer doctr. de imputatione ad delicta univers. adplicata. 1775. (b. Martin Coll. I. p. 370 sq.) Tittmann I. §. 113. Schröter §. 38. 39. Dabelow Hdb. d. Pand.R. III. 28 ff. (vgl. aber Lb. §. 12). Hepp Verſuche S. 80 ff. (vgl. Roßhirt Entw. S. 355. n. 2). ſ. auch Hommel rhaps. quaest. for. obs. 601.

keit der Mitglieder zum Erforderniß machen [1]), oder auch wohl zwischen verschiedenen Verbrechen und Strafarten, resp. zwischen verschiedenen Arten von Korporationen unterschieden wissen wollen [2]). Uebrigens reden Mehrere von legislativem Standpunkte aus gleichwohl der richtigen Ansicht das Wort [3]). — Endlich ist noch zu bemerken, daß infolge von Handlungen einer Korporation Regierungsmaßregeln (wie z. B. Aufhebung derselben, oder gewisser Vorrechte, Ehrentitel ꝛc.) eintreten können, die mit einer Bestrafung zwar äußere Aehnlichkeit, aber wesentlich nichts gemein haben, da sie auch außer dem Fall einer unerlaubten Handlung eintreten können [4]).

2) Das römische Recht spricht sich gegen die delicta universitatum aus [5]), und die scheinbar abweichenden Stellen haben entweder einen offenbar singulären Charakter [6]) oder beziehen sich auf eine von der obligatio ex delicto durchaus zu unterscheidende obligatio ex re (ex eo quod ad aliquem pervenit) [7]) Andre, die man anführt, sprechen entweder nur den gar nichts entscheidenden Satz aus, daß Mehrheitsbeschlüsse überhaut gelten [8]), oder beziehen sich auf privatrechtliche Verhältnisse [9]). Das kanonische Recht kommt auf die richtige Entscheidung aus dem doppelten Grunde, daß weder das einzelne Mitglied, noch das Ganze unverschuldet Strafe leiden dürfe [10]). In einer andern Stelle (von Bonifaz VIII.) ist allerdings das Interdikt den Korporationen als solchen angedroht [11]). Ueberhaupt scheint diese Auffassung im MA. herrschend geworden zu sein. Denn bei der großen Zahl übereinstimmender Belege, die sich auch später wiederholen [12]), in Verbindung mit den theoretischen Ausführungen angesehener italienischer Praktiker, scheint es doch gewagt zu sein, auch hier von Singularitäten offener oder versteckter zu sprechen [13]). Auch v. Savigny giebt zu, daß es zu

---

1) Hotomannus quaest. ill. qu. 42. i. f. Leyser sp. 533. med. 1 sq. Gundling de universitate delinqu. 1730. §. 24 sq. Quistorp I. §. 31. Püttmann Elem. §. 52. G. J. F. Meister princ. §. 33. Dorn prakt. Komment. I. §. 36. Sintenis de delictis et poenis univers. 1825. Bauer Lb. §. 42.

2) Jacobi de jure puniendi universit. 1750. Cremani I. p. 1. c. 6. I. §. 9. Klein a. a. O. Dorn a. a. O. Roßhirt Lb. §. 99. Entw. S. 355—358.

3) Mittermaier a. a. O. Bauer Anm. I. 479 ff. Abh. I. 453—455.

4) Klein A. Arch. a. a. O. S. 18—23. Werner Handb. S. 92. Anm. v. Savigny a. a. O. S. 318.

5) l. 15. §. 1. D. de dolo (4. 3). Nov. Majoriani Tit. 7 (Hugo J. civ. antejust. p. 1386. §. 11).

6) l. 5 C. de fabricens. (11. 9). l. 18. § 2 C. de R. M. (12. 36).

7) l. 4 D. de vi (43. 16). l. 9. §. 1 D. quod metus csa. (4. 2.)

8) l. 36. 37. D. de re judic. (42. 1). l. 19 D. ad municip. (50. 1).

9) l. 11—13 D. ad municip. (50. 1).

10) c. 5 in VI° de Sent. excommun. (5. 11). c. 76 eod. de R. J. (5. 13). Gegen die bequeme Behauptung von Hepp, daß hier nichtjuristische Motive unterliegen, s. Roßhirt Entw. S. 358.

11) c. 4. in VI° de censibus (3. 20).

12) Auth. Frid. II. Item nulla u. Item quaecumque C. de episc. (1. 3). Doenniges acta Henr. VII. I. p. 171. Gold. B. c. 15. §. 4. Landfr. 1548. II. 14. 29. §. 4. K.G.O. 1555. II. 10. §. 1. Wahlkapit. VIII. §. 13. XX. §. 8.

13) Dies geschieht von Wächter a. a. O., v. Savigny S. 322. 323. Marezoll S. 63. Hefftter §. 46. not. 1. Jarcke I. 135. not. 6.

einer entſchiedenen Praxis über die Frage in Deutſchland nicht gekommen ſei [1]) und die meiſten und wichtigſten der vorgekommenen Fälle „augenſcheinlich mehr einen politiſchen als ſtrafrechtlichen Charakter an ſich tragen.“ — Das entſchiedene Vorwiegen des polizeilichen Standpunkts mit Vernachläßigung des rechtlichen zeigt ſich denn auch im preuß. LR. [2]). Dagegen iſt der richtige Grundſatz ausgeſprochen im bair. GB. Art. 49, im heſſiſchen Art. 44, in den Wirt. Motiven §. 4 a. E., im hannövr. GB. Art. 56, im öſtreich. §. 486 [3]).

Zweiter Abſchnitt.

Möglichkeit der (freien) Handlung.

§. 41.

Iſt nun die Handlung die nothwendige Form für das Verbrechen, ſo erhebt ſich von ſelbſt die Frage: Sind Handlungen möglich? Giebt es eine freie Selbſtbeſtimmung? Oder iſt der Menſch, während er frei zu handeln meint, vielmehr dem eiſernen Geſetze einer unabwendlichen Nothwendigkeit unterworfen, wie die Natur, und ſeine rechtsgemäße, wie verbrecheriſche That ohne Verdienſt, wie ohne Schuld? Dieſe Vorfrage hat die andre in ſich, ob es überhaupt ein Straf-Recht gebe? Denn, wäre dem Menſchen die Freiheit des Handelns abzuſprechen, ſo möchte zwar eine Reaktion gegen Rechtsverletzungen aus irgend welchen Motiven für zweckmäßig, ja nothwendig erachtet werden; nur könnte davon im Gebiete der Rechtswiſſenſchaft nicht die Rede ſein. Da nun aber der Begriff des Rechts überhaupt den des Willens zu ſeiner Vorausſetzung hat, ſo kann es ſich hier nicht davon handeln, den lezteren erſt zu deduziren, ſondern nur davon, auf diejenigen Ergebniſſe der reinen und anthropologiſchen Ethik zu verweiſen, welche der Begriff der Freiheit, ſoweit er dem Strafrecht unentbehrlich iſt, vorausſetzt. N. Rev. S. 54—130 [4]).

I. Der Begriff der Freiheit.

§. 42.

Der Begriff des Willens (der mit dem der Freiheit identiſch iſt) hat den des ſelbſtbewußten Ichs zur Vorausſetzung. Ein Natur-

1) in Wirtemberg wurde der richtige Grundſatz ſchon vor dem Strafgb. in der Praxis angewendet.

2) Th. II. Tit. 6. §. 143. 151. 156. 189—191. Th. I. Tit. 6. §. 51. vgl. Jarcke I. 133. not. 4.

3) Breidenbach I. 1. S. 565—569. Hufnagel III. 32. Hye S. 257—260. Goldtammer I. 331. 332.

4) vgl. Hegel Rechtsphiloſ. §. 4—28. Wirth Syſtem der ſpekul. Ethik. Bd. I. Watke die menſchl. Freiheit.

objekt vermag weder zu denken, noch zu wollen. Daher steht der Natur das denkende und wollende Ich als das wesentlich Unterschiedene gegenüber [1]). Die Momente des Begriffs des Willens sind a) die absolute Möglichkeit des Ichs, von jeder durch es selbst oder sonst gesetzten Bestimmung zu abstrahiren, b) die Setzung irgend einer Bestimmtheit als Inhalts, woher er auch genommen sei, c) das Beisichbleiben des Ichs in dieser Bestimmtheit, sein Bewußtsein, daß es auch anders hätte wollen können.

II. Die Verwirklichung der Freiheit im Gegensatze zur Nothwendigkeit.

§. 43.

Ist aber das Wollen wirklich nur die andre Seite des Denkens, so muß auch der absolute Geist selbst aus seinem Selbstbewußtsein zur Selbstverwirklichung übergehen. In der That treibt ihn auch sein Wesen, Einheit in Allem zu sein, zunächst in den unendlichen Fluß des Werdens, die Natur hinaus. Aber eben in dieser Unendlichkeit der endlichen Bestimmtheit sucht er, um sich selbst nicht zu verlieren, seine Allgemeinheit wieder zu erfassen und findet sie wieder in der Einzelheit als dem allein möglichen Medium zur Durchdringung der Allgemeinheit in der Besonderheit. Die Energie dieser Einzelheit aber, in welcher der Geist die Natur durchdringt und zu seinem verklärten Leibe macht, ist gerade der menschliche Wille. Die Entwicklung der menschlichen Freiheit im Kampfe mit der in verschiedener Form ihr entgegentretenden Nothwendigkeit ist daher nur als ein Moment in der Entwicklung des absoluten Willens als Weltzweck zu begreifen. Das Ziel dieser Entwiklung ist die freie Rückkehr des Willens zu seinem Wesen, worin die Freiheit erst ihre volle Wahrheit als vernünftige Freiheit erreicht [2]). Wie aber eben deshalb die Entwicklung der Freiheit kein absoluter Abbruch von der Substanz des Willens ist, so tritt diese auch in verschiedenen Formen, Natur, Familie, Volk, Staat ꝛc. in das äußerliche Dasein heraus, welche Formen dem Willen des Einzelnen als Mächte der Wirklichkeit, als nothwendige Lebenselemente entgegentreten, aus denen und an denen er sich eben zur Freiheit hindurchzuringen hat. N. Rev. §. 39—41. 50. 51.

---

1) Denn indem ich denke, hebe ich die Freiheit der Objekte gegen mich auf, und verallgemeinere sie, da ich sie ideell setze und zu Momenten meines Selbstbewußtseins mache. Indem ich will, setze ich mich als Denkenden den Objekten gegenüber, habe aber gerade das Streben, meine Gedanken in die Welt der Gegenständlichkeit überzusetzen und ihrer praktisch Herr zu werden, wie ich sie im Denken theoretisch bemeistere.

2) A. M. Möller Kritik des Strafmaßes. 1852. S. 8—12.

§. 44.

a) Die erſte dieſer Formen der Nothwendigkeit iſt die Natur. Es iſt jedoch eine verwerfliche Behauptung des materialiſtiſchen Determinismus, daß das geiſtige Leben des Menſchen auf allen ſeinen Stufen nur eine Steigerung des Naturlebens und deſſen Geſetzen unterworfen ſei. Wahr iſt vielmehr nur ſoviel: daß allerdings der Geiſt ſich zu der Freiheit erſt aus der Gebundenheit der Natur hervorringen muß, mithin der Wille zunächſt noch als natürlicher Wille, als bloße Möglichkeit der Freiheit erſcheint. Dieſer natürliche Wille enthält zwar einerſeits das Selbſtgefühl des Ichs und ſeine Tendenz zu praktiſcher Bethätigung; andrerſeits ſchwankt aber dieſes Gefühl noch innerhalb des unbewußten Gegenſatzes von Geiſt und Sinnlichkeit und vermag ſich nur in der Naturform, d. h. in der Form beſtimmter, einander ausſchließender Triebe zu äußern. Obwohl daher der natürliche Wille ſich in den ſittlichen Trieb konzentriren kann, ſo hat er doch den doppelten Mangel an ſich, daß er ebenſowohl in irgend einen beſtimmten Trieb einſchlagen kann, der Trieb aber überhaupt (ſei er auf Gutes oder Böſes gerichtet) die ungetheilte Hingabe des Ichs an ſein Objekt in ſich ſchließt, worin der pſychologiſche Quell des Böſen liegt. Immer aber erſcheint der Wille auf dieſer Stufe noch als Naturell, und darum als unſchuldig; und er würde in dieſer Beſtimmtheit bleiben (d. h. ein Strafrecht unmöglich ſein), wenn er nicht die Fähigkeit hätte, dieſe Naturform durch Erhebung zum Denken zu durchbrechen. N. Rev. §. 18. 19. 42—44.

§. 45.

b) Mit der Vollziehung dieſes befreienden Aktes wird das Ich erſt wirklicher Wille (§. 42). Durch den Bruch mit der Natur ſetzt der Geiſt den Grundgegenſatz der Freiheit des Ichs und der natürlichen Nothwendigkeit, die er als ſolche zu überwinden trachtet. Indem nun aber die Freiheit zum Medium ihrer Erſcheinung die endliche Welt hat und dieſe überhaupt unter dem Kauſalitätsgeſetz ſteht, ſo ſcheint hiemit abermals die Freiheit negirt zu ſein. Denn im Begriffe der Endlichkeit liegt es, daß das endliche Ding beſtimmt, hiemit nur durch andre bedingt ſei. Eben damit erſcheint jedoch dieſe Beſtimmtheit und Bedingtheit als eine durchgängig gegenſeitige, und der ſcheinbare Widerſpruch findet ſeine Auflöſung in dem Geſetze der Wechſelwirkung, vermöge deren jede Urſache ſich zugleich als Wirkung des von ihr Gewirkten darſtellt, indem ſie zur bloßen Vorausſetzung deſſelben herabſinkt, und umgekehrt. In dieſem Sinne iſt es nun aber unbedenklich, auch die Freiheit unter das Kauſalitäts-

geſetz zu ſtellen. Ihr Akt iſt allerdings durch äußere Urſachen mannigfach bedingt. Allein dieſes Bedingen von Seiten der äußeren Urſachen iſt ebenſowohl Bedingtſein durch die Freiheit, d. h. jene Urſachen ſinken zu bloßen Vorausſetzungen der freien Wirkung herab, und dieſe erſcheint vielmehr als das Bedingende, das jene äußerlichen Vorausſetzungen, indem es ſie gebraucht, in ſein eigenes Weſen verwandelt [1]). N. Rev. §. 20—29. 45—47.

§. 46.

Die ſpezifiſche Form des Willens in dieſem Medium ſeiner Erſcheinung iſt die Willkühr. Dieſelbe ſetzt den Akt der reinen Freiheit (§. 44 a. E.) voraus, welcher neben der Fähigkeit, von aller anderweitigen Beſtimmtheit zu abſtrahiren, die Forderung enthält, daß aller Inhalt des Wollens aus dem Ich ſelbſt und durch das Ich geſetzt ſei [2]). Darin eben, daß nunmehr die ganze Thätigkeit dem Ich angehört, liegt es, daß der Menſch von da an für ſeine Handlungen einſtehen muß. Die Willkühr enthält nämlich näher dies, daß der Wille aus dem Unbeſtimmten wirklich das Beſtimmte ſetzt, aber ſo, daß er ebenſowohl ein Anderes hätte ſetzen können. Der Inhalt kann ein natürlicher Trieb oder ſchon ein Ergebniß der Intelligenz ſein. Im erſteren Fall iſt die Willkühr lediglich eine Wahl zwiſchen dem Freibleiben des Geiſtes oder dem Zurückſinken unter die Knechtſchaft des natürlichen Triebs. Im lezteren dagegen iſt ſie nur eine Wahl zwiſchen verſchiedenen durch die Intelligenz ſelbſt geſetzten Beſtimmungen. In beiden Fällen beginnt der Prozeß mit der Ueberlegung verſchiedener Möglichkeiten, die ſich als Beſtimmungsgründe darbieten. Das Schwanken muß durch einen energiſchen Akt abgebrochen werden, der irgendwie eine Wahl trifft. Eben dieſe Wahl nun, die irgend einen jener Beſtimmungsgründe herausgreift und dem Willen zum wirklichen Inhalt giebt, worin der Entſchluß beſteht, iſt die Sache der Willkühr, der formellen Freiheit des Ichs, das ebenſowohl auch für eine andre Möglichkeit ſich hätte entſcheiden können. In beiden Fällen hat aber die Entſcheidung die gleiche Natur. Auch da, wo das Ich zwiſchen Vernunft und Trieb ſteht, iſt der Trieb nicht mehr unmittelbar beſtimmende Macht, wie beim natürlichen Willen. Wenn das Ich hier dem Triebe folgt, ſo war freilich ſein Denken und Wollen ein verkehrtes und das Reſultat der freien Wahl iſt die Unfreiheit des Ichs. Aber das ſelbſtbewußte Ich war doch die Möglichkeit auch des Gegentheils, es hat ſich freiwillig in die Unfreiheit zurückſinken laſſen. Die Willkühr erſcheint hiernach

1) Die Konſequenzen ſ. in der Lehre von der Urheberſchaft.
2) Dieſes Moment hat Berner Theilnahme S. 54 nicht verſtanden.

geradezu als das Vermögen des Guten und Böſen. N. Rev. §. 30—35.

§. 47.

c) Wenn aber auch gegenüber dem endlichen Kauſalitätsgeſetze die Freiheit ungekränkt beſtehen bleibt (§. 45), ſo ſcheint ſie um ſo gewiſſer dem abſoluten Kauſalitätsgeſetze zum Opfer fallen zu müſſen. Dieſe Unmöglichkeit der menſchlichen Freiheit dem Abſoluten gegenüber behauptet der Determinismus auf ſeiner höchſten Spitze, indem er einerſeits die Freiheit des einzelnen Menſchen, andrerſeits die Freiheit im Entwicklungsgange der ganzen Menſchheit läugnet. Von dieſen Negationen gehört nur die erſtere hierher, wenn auch allerdings die vollſtändige Widerlegung zugleich die ſpekulative Zurechtlegung der letzteren vorausſetzt [1]). Was nun die erſtere betrifft, ſo enthält dieſe Anſicht [2]) allerdings ein tief ſpekulatives Moment, indem ſie das Abſolute (Gott) als abſolute Einheit alles Bedingten und abſolute Einheit aller endlichen Urſachen und Wirkungen auffaßt. Dieſelbe läßt ſich denn auch in der That nicht von einem untergeordneten Standpunkte, namentlich nicht von dem des Indeterminismus [3]) aus widerlegen, welcher die als Willkühr aufgefaßte menſchliche Freiheit zu retten ſucht, dabei aber auf einen Dualismus von Reflexionsgegenſätzen kommt, die, als letztes feſtgehalten, einen offenbaren Widerſpruch bilden. Entweder nämlich führt er, konſequent durchgearbeitet, zur Läugnung Gottes, oder, wenn inkonſequenter Weiſe eine göttliche Mitwirkung noch zugelaſſen wird, bringt er es zu einem bloßen Scheine der menſchlichen Freiheit und fällt in den Determinismus zurück. In allen Fällen faßt er die menſchliche Freiheit eben nur als Willkühr und darum noch nicht in ihrer vollen Wahrheit auf, die ſie erſt als abſolute (vernünftige) Freiheit hat. Andrerſeits führt der Determinismus folgerichtig zur Läugnung der menſchlichen Freiheit, wie zu der Annahme, daß Gott auch das Böſe wirken müſſe, und zur Vernichtung des Schuldbegriffs. Die Unwahrheit dieſer Anſicht liegt aber eben nur darin, daß ſie das Abſolute in dem Subſtantialitäts- und Kauſalitätsverhältniſſe feſtbannt, anſtatt zum Begriffe des Geiſtes fortzugehen. Von dieſem aus erſcheint die menſchliche Freiheit als ein Moment im Entwicklungsgange der göttlichen, für welche daher die menſchliche Willkühr keine Schranke mehr bildet, da ohne dieſes Mittelglied die in jener ſich auswirkende abſolute Freiheit zur geiſtloſen Naturnoth-

1) ſ. Wirth I. 85—93.
2) Auguſtin, Kalvin, Spinoza, Schleiermacher ꝛc. ꝛc.
3) Pelagianismus, moderner Rationalismus, Standpunkt der ordinären aufgeklärten Verſtändigkeit.

wendigkeit herabsinken würde. Zugleich erscheint aber auch hiemit das Böse nicht als unmittelbare Wirkung des Absoluten. Denn weder der natürliche Wille kann sündigen, noch die absolute (vernünftige) Freiheit; nur die Willkühr kann es, in welcher der absolute Wille in sich gebrochen ist. Die Sünde (mithin auch das Verbrechen) ist also nur Selbstbestimmung des menschlichen Willens, und das Böse ist nur die Bedingung der Realität des Guten. N. Rev. §. 36—38. 48—54 [1]).

III. Die Zurechnungsfähigkeit.

§. 48.

Der böse Wille hat hiernach seinen Ursprung in der Willkühr. Nur mit der Willkühr hat es daher das Strafrecht zu thun. N. Rev. §. 66. 67.

1) Mit wenigen Ausnahmen [2]) haben die Kriminalisten von jeher an der Begründung des Strafrechts in der menschlichen Willensfreiheit keinen Anstand genommen. Vor der Kantischen Zeit war indessen von einer philosophischen Begründung kaum die Rede. Seitdem hat allerdings die Entwicklung der neueren Philosophie in dieser Frage ihren unwiderstehlichen Einfluß zu äußern nicht verfehlt. Allein die spezifisch-juristische Literatur [3]) wurde vornämlich nur von dem destruktiven Auftreten Feuerbachs und der hiedurch aufgerufenen Opposition, später von den Einmischungen der bei den meisten gerichtsärztlichen Schriftstellern vorherrschenden materialistischen Denkweise, am seltensten von einigen Ausläufern des religiösen Determinismus [3]) berührt. Auch seit Kant

---

1) Als wichtige Hilfswissenschaften für das Strafrecht ergeben sich hiernach die Ethik und Psychologie. s. die Literatur in den diesen Wissenschaften gewidmeten Schriften.

2) z. B. (C. F. Hommel) Alex. v. Joch üb. Belohnung u. Strafe nach türk. Gesetzen. s. dag. Eckhardt Princ. de actionum moralitate ꝛc. 1788. Creuzer skept. Betr. üb. die Freiheit ꝛc. 1793. Stübel System d. peinl. R. §. 243. 261 ff. Klein Grundsätze §. 116—137. Derſ. im A. Arch. II. 1. S. 56 f. IV. 4. S. 44 f. V. 3. S. 107 f. Grolman §. 39—44 u. in f. Bibl. I. 20 ff. Häcker üb. das oberste Prinzip der Strafwürdigkeit. Thibaut Kritik d. Feuerb. Theorie ꝛc. S. 36—59. Boyſen Beantwortung der Preisfrage: wie weit darf d. moral. Schätzung bei Festsetzung eines Strafgeſ. in Anwendung kommen? Kleinſchrod I. §. 44. Derſ. im N. Arch. I. 1—35. v. Almendingen Darstellung der rechtlichen Imputation. Tittmann I. §. 83. Derſted Grundregeln ꝛc. S. 129 f. Schröter I. §. 96. 97. Henke I. 290—303 (vgl. Denſ. Geſch. d. deutſch. Strafrechts II. 371 f.). Stelzer üb. d. Willen (vgl. N. Arch. III. 339 f.). Roßhirt Lb. §. 16. 23 f. Martin §. 31. 32. Wächter I. §. 67. Jarcke I. 123—132. Abegg §. 80. 81. Heffter §. 47. Marezoll S. 89—92. Luden Handb. I. 19—21. Rossi II. p. 103 sq. Vaillant de libera voluntate ad del. comm. necessaria 1837. Mittermaier Noten z. F. §. 84. 85. Kitka in d. öſtr. Zeitſchr. 1839. H. 9. S. 141 f. Bauer Abh. I. 247 f. Viſini in d. öſtr. Zeitſchr. 1834. S. 12 u. Beitr. z. Crim.R. S. 156 f. — ſ. außerdem noch beſ. Michelet philoſ. Moral. Baumeiſter Bemerk. H. 1. S. 46 f. May die strafrechtliche Zurechnung. 1851 (höchſt seicht).

3) vgl. Mittermaier not. 2. z. F. §. 85 u. die dort Angeſ. dag. Richter philoſ. Strafr. S. 119—129.

noch herrſcht aber in dieſer Parthie des Strafrechts eine große Verwirrung bei den Einen und ſtaunenswerthe Oberflächlichkeit bei den Andern. — Was nun Feuerbach [1]) betrifft, ſo war es bei der Grundanſicht, worauf die Kantiſche Freiheitslehre beruht, nur die reinſte Konſequenz von ihm [2]), wenn er die (als abſolut aufgefaßte) Freiheit als einen überſinnlichen Begriff aus dem auf empiriſchem Boden befindlichen Strafrechte wegwies und ſich hier vielmehr an den Determinismus des Kauſalitätsgeſetzes hielt. Indeſſen hat er hier, wie anderswo, in den ſpäteren Auflagen ſeines Lehrb. Einräumungen gemacht, welche freilich nicht alle Nachwirkung ſeiner früheren einſchneidenden Behauptungen unſchädlich machen konnten. Es war immerhin ein fruchtbarer Boden für den von ärztlicher Seite ausgehenden Materialismus bereitet worden, welcher in der Praxis da und dort einen ſehr verderblichen Einfluß gewann [3]), ſo daß mit Recht geſagt werden konnte: man habe ſich zulezt kaum getraut, irgend Jemanden für ſtrafbar zu erklären und, nachdem man ſich gewöhnt habe, alle Verbrechen mit Nezeſſitirung zur That zu entſchuldigen, ſei zur Verurtheilung eigentlich Niemand übrig geblieben, als die Tugendhaften, die keine Verbrechen begehen [4]). Indeſſen hat ſich gegen derlei ärztliche Uebergriffe immer eine löbliche Oppoſition im Juriſtenſtande erhalten.

2) Der Satz, daß das Strafrecht ſeine Baſis in der menſchlichen Freiheit habe, iſt auch in den Quellen des gemeinen deutſchen Strafrechts durchaus anerkannt. Von ſelbſt verſteht ſich dies hinſichtlich des öffentlichen Strafrechts der Römer, da dies eine ſogar überwiegend moraliſche Grundlage hatte. Allein auch in das Privatſtrafrecht iſt ſchon ſehr frühe derſelbe Grundſatz hinübergedrungen [5]). In der That iſt denn auch über die Herrſchaft deſſelben im römiſchen Recht [6]) kein Zweifel, und um ſo weniger, da der Grundſatz, daß rechtliche Ver-

---

1) Reviſion I. 151—176. 319 ff. II. 37—198. vgl. Berner Imput. S. 28—35. N. Rev. S. 139—142.

2) A. M. Oerſted Grundregeln ꝛc. S. 150 f. vgl. Mittermaier im N. Arch. IV. 410—413.

3) beſ. Hitzigs Zeitſchr. Naſſes Zeitſchr. f. Anthropol. u. deſſ. Zeitſchr. f. pſych. Aerzte. Hoffbauer Pſychologie. 1808, verſchiedene Schriften von Groos (Betracht. üb. moral. Freiheit ꝛc. 1818. Entw. einer philoſ. Grundl. f. d. Lehre von den Geiſteskrankheiten. 1828. Ideen z. Begründung eines obj. Prinzips f. d. pſychol. Legalmedizin. 1829. Skeptizismus der Freiheitslehre. 1830). Friedreich Hdb. der gerichtl. Pſychologie; — Darſtellung d. Theorieen üb. d. Weſen pſych. Krankheiten; — Hdb. d. gerichtsärztl. Praxis. Mark die Geiſteskrankheiten, überſ. v. Ideler. Esquirol Pathologie der Seelenſtörungen, überſ. v. Hille. vgl. damit A. Henke Lb. d. gerichtl. Medizin. Derſ. Abh. Bd. II—IV. Heinroth Syſtem der pſych. Medizin, u. Lb. der Störungen des Seelenlebens. Weber Hdb. d. pſych. Anthropologie. Jarcke üb. Zurechnung ꝛc. 1829. Clarus Beitr. z. Erk. zweifelh. Seelenzuſtände. Mittermaier de principio imputat. ꝛc. 1837. Sponholz die Kontrov. üb. zweifelh. Gemüthszuſtände. 1839. Schnitzer d. Lehre v. d. Zurechnungsfähigkeit. 1840. Wendt Das Selbſtbewußtſ. forenſiſch aufgefaßt. 1844. Ellinger üb. die anthropol. Mom. der Zurechnungsfähigkeit. 1846. ſ. auch noch phrenologiſche Liter. bei Mitterm. n. 4. z. F. §. 84.

4) Richter philoſ. Strafr. S. 245. Jarcke I. 129. not. 7.

5) Meine Schrift: Mord u. Todtſchlag ꝛc. S. 68 ff. A. M. Luden Abh. I. 73 ff. Rein S. 144—148.

6) §. 7. 18. J. de Obl. quae ex del. (IV. 1). §. 1. J. de vi bon. rapt. (IV. 2). l. 1. §. 3. l. 12. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 39. 53 pr. D. de

antwortlichkeit durch freies Handeln bedingt ſein müſſe, auch im Civilrecht der Römer eine ſo entſchiedene und umfangreiche Anwendung gefunden hat [1]). Noch unmittelbarer gewiß verſteht ſich daſſelbe hinſichtlich des kanoniſchen Rechts [2]). Auch über die P.G.O. iſt in dieſer Beziehung kein Streit [3]). Dagegen iſt die Behauptung noch immer ſehr verbreitet, daß im germaniſchen Rechte nur die äußere That und der äußerlich wahrnehmbare Schaden, nicht aber der Wille und die Schuld des Verbrechers in Betracht gekommen ſei [4]). In dieſer ſchroffen und rohen Weiſe zwar wird die Anſicht nur von Wenigen feſtgehalten [5]). Die Meiſten begnügen ſich, dem germaniſchen Rechte einen überwiegend materiellen oder objektiven Geſichtspunkt zuzuſchreiben [6]). Wenn aber hieran allerdings etwas Wahres iſt, ſo bedarf doch die Behauptung jedenfalls einer näheren Beſtimmung. In der erſtgenannten, die Beziehung auf die Freiheit geradezu läugnenden Form iſt ſie gänzlich falſch, da bei Rechtsverletzungen, die als willenlos erſcheinen (abſolut oder relativ), jedenfalls das Recht der Rache und ebenſo das Friedensgeld wegfiel [7]). Es iſt jedoch verſucht worden, den auf dem Gebiete des Strafrechts ſchadhaft gewordenen Beweis der materiellen Rohheit des germaniſchen Rechts von Seiten des Privatrechts her zu ſtützen [8]), indem man bemerklich zu machen ſuchte, daß aus der Nichtbeachtung von Willen und Schuld bei der Frage über die Verbindlichkeit zur Tragung des casus in privatrechtlichen Verhältniſſen doch wohl auf dieſelbe Barbarei im Gebiete des Strafrechts zu ſchließen ſei. In der Zwitternatur der Buße (compositio), wie ſie im germaniſchen Strafrecht ſich findet, liegt nun allerdings wenigſtens ein Schein der Berechtigung zu jener Analogie, die außerdem ſchlechthin verwerflich wäre. — Unläugbar findet ſich nämlich in älteren germaniſchen Rechtsquellen der Satz, daß in privatrechtlichen Verhältniſſen der Verurſacher eines auch unverſchuldeten

---

furt. (47. 2). l. 16. §. 8 D. de poen. (48. 19). l. 1 pr. D. extraord. crim. (47. 11). l. 5 C. ad. l. Jul. maj. (9. 8). l. 1. 5. 7 C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). Paul. R. S. V. 23. §. 9. vgl. J. Gothofr. ad l. 2. C. Th. (9. 25).

1) Hepp Die Zurechnung auf d. Geb. d. Civilr. (1838). S. 18—118.

2) C. 15. qu. 1. c. 1. 2. 5—13. C. 33. qu. 3. (de poen. D. I.) c. 19. 20. 23. 28—30.

3) P.G.O. Art. 146. 148. 178. Noch weniger über die neueren Geſetzgebungen. ſ. z. B. Hannövr. GB. Art. 82. Bad. §. 71. Beſeler S. 176 f. vgl. die Kritik bei Baumeiſter Bemerk. H. 1. S. 50—59.

4) ſ. Rogge Gerichtsweſen der Germ. S. 29 f. (mit eigenthümlich idealiſirender Wendung). Dagegen ſehr ſchroff b. Jarcke I. 11. (vgl. jedoch S. 20. n. 24). Biener engl. Geſchw.Ger. S. 120. n. 200 u. in vielen Wiederholungen. Neuſtens beſ. Trummer Vortr. I. 341—460 u. nach ihm Mittermaier n. 1. z. §. 84. vgl. Türck hiſt. Forſch. H. 5. S. 50. Geib im N. Arch. 1837. S. 577 ff. Berner Imput. S. 42. 287. 289.

5) wie von Jarcke, Biener u. Trummer, der ſich freilich ſehr widerſpricht (ſ. S. 342 a. a. O.).

6) Cropp in Hudtwalcker u. Trummer krim. Beitr. II, 1. S. 10. Abegg Unterſ. S. 239. n. 198. Hepp a. a. O. S. 119. Zachariä Verſuch I. 164—167. Luden Abh. I. 302 ff. vgl. beſ. Woringen Beitr. S. 25 f. 101 f. Wilda S. 146 f. 544 f. (der ſeinerſeits zu weit geht).

7) Ed. Rothar c. 75. 138. 389. L. Sal. (ed. Waitz) XXIV, 5. L. Rip. XLVI, 1. LXX, 1. L. Sax. XII, 5 13. Willk. d. Brockmänner §. 182. 24 Landrechte c. 12 (v. Richthofen S. 117. 60). vgl. Stellen aus ſkandin. Quellen b. Wilda S. 548. 549.

8) Dies iſt die Hauptangelegenheit bei Trummer a. a. O.

Schadens denſelben als ein Unglück zu tragen, mithin dem Verletzten Erſatz zu leiſten habe [1]). Nach der einen Anſicht wäre nun dieſe Auffaſſung bis auf den heutigen Tag die ächtnationale geblieben und daher geeignet, der entgegengeſetzten römiſchrechtlichen Auffaſſung noch heute Schach zu bieten [2]), — wogegen eine genauere Betrachtung der Quellen lehrt, daß jene Auffaſſung ſchon in den Volksrechten keineswegs unbedingt herrſchte, und ebenſowenig in ſpäterer Zeit [3]). Allerdings kann man ihr ſolche Stellen nicht entgegenhalten, welche die als Regel ausgeſprochene Verantwortlichkeit für den kaſuell geſtifteten Schaden für die Fälle ausſchließen, wenn dem Beſchädigten ſelbſt eine Schuld zur Laſt fiel oder ein Dritter als unmittelbarer Verurſacher des Schadens in die Mitte trat [4]). Vielmehr hat ſie jedenfalls die nie ganz untergegangene Rechtsregel für ſich, daß Kinder und Wahnſinnige für den von ihnen verurſachten Schaden haften [5]), ferner den in Ländern des ſächſiſchen Rechts erhalten gebliebenen Grundſatz, daß kaſuelle Tödtung oder Tödtung in der Nothwehr zur Leiſtung des Wergelds verpflichte [6]), desgleichen die ſkandinaviſchen Rechte, welche, wenn ſie auch die Ungefährsbuße ſehr herabſetzen, doch nicht leicht dazukommen, den kaſuellen Verurſacher eines Schadens ganz zu entfreien [7]), beſonders endlich den Umſtand, daß noch in modernen Geſetzgebungen die altgermaniſchen Rechts-Grundſätze wenigſtens theilweiſe wieder zum Trotz der romaniſirenden Doktrin ſich Geltung verſchafft haben [8]). Allein deſſenungeachtet bleibt es wahr, daß der das römiſche Recht beherrſchende Grundſatz, wornach auch die privatrechtliche Verantwort-

---

1) K. Aelfreds weltl. Geſ. c. 13. 32. L. Sal. IX, 5. XXIV, 5. L. Angl. X, 8 u. 11. L. Fris. add. III, 69. L. Alam. LXXXII, 6. L. Bajuv. VIII, 9. 10. Ed. Roth. c. 138. 330. 389. L. Sax. XII, 13. L. Rip. XLVI, 1. Willk. d. Brockm. §. 182. Gutalagh. c. 17. L. Henr. I. c. 70. §. 12. c. 90. §. 12.

2) Hepp a. a. O. §. 22—27. 30. 31. vgl. Wilda S. 552. Schildener Anm. z. Gutalagh. S. 198.

3) Wilda S. 544 f. 578 f.

4) Knuts weltliche Geſ. c. 73. L. Henr. I. c. 87. §. 2. Ed. Roth. c. 313. 327. 332. L. Liutpr. 136. 137. L. Angl. XVII, 1. L. Rip. LXX, 5. L. Baj. XIII, 2. L. Wisig. V, 5. c. 2. L. Fris. add. III, 11. §. 2. Sächſ. LR. II. 41. §. 4. Hamb. Stadtr. d. Trummer §. 35—41.

5) Sächſ. LR. II, 66. §. 1. III, 3. Schwäb. LR. c. 177. 257. Jüt. Low. II. c. 50. Dithm. LR. 1447. Art. 105 (Westphalen III. p. 1741). Thomasius larva leg. Aqu. detracta. §. 62. Heineccius Elem. j. germ. II. P. 2. Tit. 21. §. 96. Hommel Rhaps. obs. 567. Däniſche Praxis d. Hepp S. 178. Preuß. Allgem. LR. I. Tit. 6. §. 41 (42. 57). Oeſtr. Civ.GB. §. 1310 (ſ. jed. §. 1308. 1309. Mehr Naturrecht, als hiſtoriſche Pietät).

6) Zweifelhaft iſt zwar Sächſ. LR. II, 38 (vgl. II, 50. §. 2. III, 48. §. 3 u. die Note d. Sachſe.) u. die Gl. nicht entſcheidend, noch viel weniger das ſchwäb. LR. c. 181—184 (A. M. Hepp S. 123—126); ſ. aber Gl. z. Weichb. Art. 38 u. Schöffenurth. in Zobels Ausg. d. SSp. (v. Wette u. Buße). Sächſ. LR. II, 14 u. Stellen b. Tönſen Allg. poſ. Priv.R. S. 236. v. Schirach ſchlesw.-holſt. Krim.R. I. 53. 59. 60. Hamburg. Urtheile b. Trummer S. 430. n. 2.

7) Wilda S. 557. 558. 582. 583.

8) Preuß. LR. a. a. O. u. Oeſtr. Civ.GB. §. 1311. Freilich ſind dieſe Geſetzgebungen mehrfach inkonſequent u. willkührlich. vgl. Pr. LR. I. 6. §. 4. 16. 73. 74. Oeſtr. GB. §. 1294. 1306. 1320. Code Nap. art. 1384—1386. u. die b. Hepp §. 26. 30 angeſ. deutſchen Schriftſteller.

lichkeit in der Regel [1]) den Begriff der Schuld zur Voraussetzung hat, früher und später auch im deutschen Rechte Anerkennung gefunden [2]) und in den letzten Jahrhunderten zum Mindesten in der Doktrin das unbestreitbare Uebergewicht erlangt hat [3]). Bleibt es mithin problematisch, ob auch nur im Kreise des Civilrechts die Haftung für den kasuell gestifteten Schaden als durchgängig anerkannte Regel gegolten habe, so erhebt sich sofort die weitere Frage: ob die Bußen (Wergelder, Wergeldquoten ꝛc.), welche in den fraglichen Fällen erwähnt werden, eben nur als Schadensersatz anzusehen seien oder zugleich den strafrechtlichen Charakter an sich haben? [4]) ob nicht, falls auch letzteres nicht direkt zu behaupten wäre, zum Mindesten anzunehmen sei, daß von Seiten des Privatrechts ein Einfluß auf das Strafrecht stattgefunden habe? [5]) welchenfalls dann die betr. Bestimmungen über das Haften für den casus wieder sehr verschieden, entweder materialistisch oder idealistisch ausgelegt werden können [6]). Das Richtige wird sein, für die ältere Zeit eine Vermengung des privat- und strafrechtlichen Moments in den Ungefährsbußen anzunehmen, welche am einen Orte früher [7]), am andern später dem eintretenden Bewußtsein des Unterschieds zwischen beiderlei Gesichtspunkten wich. In Deutschland ist jedenfalls im Mittelalter jene Haftverbindlichkeit, wo sie überhaupt noch erweislich ist, als eine nur noch privatrechtliche Sache anzusehen [8]). Allein auch schon früher zeigt sich der gesunde Sinn des germanischen Rechts in der unwidersprechlichen Thatsache, daß bei allen absolut oder relativ unzurechenbaren Thaten wenigstens Fehde und Friedensgeld ausgeschlossen war [9]). Was dann insbesondre die Thaten von Kindern und Geisteskranken betrifft, so ist mit in Rechnung zu bringen, daß auch ihre mittelalterliche Kulturstufe die Deutschen noch nicht zur richtigen Einsicht in

---

1) Ausnahmen bei Verletzungen durch Thiere u. leblose Gegenstände. Hepp §. 11. 12. Was dieser S. 104 sagt, ist bloße Wortklauberei.

2) Ed. Roth. c. 308—311. 331. L. Sal. em. 38. L. Burg. XVIII, 1. 2. L. Rip. LXX, 2—4. L. Bajuv. XIII, 1. L. Alam. 83. L. Wisig. VI, 5, 2. 7. Suppl. nr. VI. (Walter I. p. 669). Aethelreds Ges. IV, 38. L. Henr. I. c. 90. §. 8. Gutalagh. c. 17. §. 2. 3. Regino II. c. 17. 18. Sächs. LR. II. 63. §. 1. Schwäb. LR. c. 244. Hamb. Stadtr. b. Trummer §. 28. 43.

3) s. das Nähere b. Hepp §. 23—31.

4) Für Ersteres s. Wilda S. 549. 551—559. Hepp S. 118—173. A. M. Trummer S. 345, wo aber die Berufung auf die bei W. S. 548 abgedruckten nordischen Stellen und auf den Ungefährseid ebenso oberflächlich als schief ist. vgl. Wilda S. 557. 594.

5) In schroffster Weise sucht dies Trummer darzuthun. Besonnener ist Hepp S. 4. 172.

6) Ersteres geschieht auf's Extremste bei Trummer; s. dagegen schon die weit minder rohe Auffassung bei Hepp S. 123. Das Letztere wurde schon von Aelteren ausgesprochen; s. namentlich Thomasius l. c. §. 4. Heineccius Princ. j. germ. II. P. 2. Tit. 21. §. 82. Anm. vgl. N. Rev. S. 338. 339.

7) so namentlich in Deutschland überall da, wo nicht sächs. Recht galt. Birnbaum im N. Arch. XIII. 428.

8) Das Gegentheil hat selbst Trummer in den hierher gehörigen §. 22—52 nicht nachzuweisen vermocht, ja (im Widerspruch mit S. 345 und seinen mehrmaligen despektirlichen Aeußerungen über die Impotenz der Wilda'schen Ansicht) kaum versucht.

9) Im Gegentheil sucht Trummer wenigstens hinsichtlich „der hamburgischen Zurechnung" (S. 347) darzuthun, daß sie sogar bis auf die neuere Zeit herab von der Willensseite so gut als ganz Umgang genommen habe. Der Monstrosität der Behauptung entspricht aber die Dürftigkeit des Beweises.

das Weſen pſychiſcher Krankheiten befähigte [1]). In Beziehung auf Verletzungen durch Thiere oder lebloſe Gegenſtände aber dürften die römiſchen Grundſätze über Auslieferung des caput nocens, führe man ſie nun auf Privatrache oder auf den Gedanken der Selbſthaftung des Thiers ꝛc. zurück [2]), und die germaniſchen Grundſätze über die Nothwendigkeit, das caput nocens (den auctor interfectionis) zu derelinquiren oder aber für den angeſtifteten Schaden zu haften, ſich ſo ziemlich die Wage halten. Beide tragen einen alterthümlichen ſinnlichreligiöſen Charakter an ſich [3]); beide ſchließen aber auch eine Verbindung mit den Imputationsgrundſätzen (in verſchiedener Weiſe) nicht aus. Verhalte es ſich indeſſen mit den Anſichten über die privatrechtliche Haftverbindlichkeit, wie es wolle, ſo ſtellt ſich jedenfalls die Behauptung als unwahr heraus, daß man nur da, wo eine äußere Erkennbarkeit in den Umſtänden enthalten oder in ſpeziellen Geſetzen als Merkmal der Zurechnung vorgeſchrieben geweſen ſei, auf die Seelenzuſtände des Urhebers geachtet, ſonſt aber es für durchaus unerheblich angeſehen habe, ob derſelbe im Stande geweſen ſei, die That mit Bewußtſein und freiem Willen zu verüben, oder ob ihm beſondre Rechtsgründe für ihre Verübung zur Seite geſtanden haben. Umgekehrt iſt vielmehr zu ſagen, daß die überwiegend objektive Auffaſſung des germaniſchen Rechts bei aller anfänglichen Vermiſchung verſchiedener Schuldgrade und relativen Verwiſchung der Grenze zwiſchen culpa und casus ꝛc. gerade die ſubjektive als Vorausſetzung in ſich ſchließe [4]).

§. 49.

Da nun Zurechnungsfähigkeit die Möglichkeit iſt, zu handeln, d. h. mit Willkühr ſich ſelbſt zu beſtimmen, ſo iſt ſie die ſubjektive Bedingung des Verbrechens (§. 39. 40). — Allein der Begriff des Verbrechens als Entgegenſetzung des Einzelwillens gegen die Welt der objektiven Sittlichkeit (§. 1) fordert noch mehr. Soll das Recht als Recht (§. 6) verletzt werden können, ſo darf der Handelnde nicht bloß zurechnungsfähig überhaupt (und darum der züchtigenden Erziehung in Familie und Schule unterworfen §. 26), ſondern er muß ſoweit herangereift ſein, um das Bewußtſein eines objektiv ſittlichen, in Geſetzen und äußeren Inſtitutionen fixirten Pflichtenkreiſes

---

1) Man ſcheint zwiſchen extremen Auffaſſungen geſchwankt zu haben. ſ. d. Stellen bei Wilda S. 644—647. vgl. mit Regino II. c. 95 u. Ed. Roth. 328. Stryck usus mod. IX. 1. §. 2 u. Carpzov, Menoch. u. Farinacius ib. cit. vgl. mit den b. Glück I. 67. X. 295. n. 74 Angeff.

2) ſ. beſ. Zimmern röm. Noxalklagen. Dirkſen Civ. Abh. I. 104 u. die Uebrigen b. Hepp S. 90—104 Angeff.

3) Plato de legib. IX. c. 15. 17. a. E. 1 Mos. 9, 5. 2 Mos. 21, 28. Mayer D. de peccatis et poenis brutorum. Stryck l. c. §. 4 sq. Hepp S. 103. 104. 165. 166.

4) N. Rev. S. 338. Nicht das germaniſche Recht iſt „unerträglich roh", ſondern die Auffaſſung iſt es, die ihm Manche angedeihen zu laſſen belieben, welche ſtets nur an der Schale und am Buchſtaben kleben und für Kern und Geiſt keinen Sinn mitbringen.

haben zu können [1]). Erſt mit dieſer Stufe der Entwicklung beginnt daher die kriminaliſtiſche Zurechnungsfähigkeit. N. Rev. §. 70. 84. 179 [2]).

Anm. Es iſt von Wichtigkeit, die Zurechnungsfähigkeit überhaupt als eine Eigenſchaft des handelnden Subjekts zu beſtimmen, während ſie von ſo Vielen mit dem Begriff der Zurechenbarkeit überhaupt [3]), der viel weiter iſt, ja ſogar mit dem Begriff der Strafbarkeit in Eins zuſammengeworfen wird [4]). Solche Verwechslungen ſind praktiſch ebenſo verderblich, als theoretiſch fehlerhaft. — Ebenſo iſt es aber ferner von Wichtigkeit, den Begriff der kriminellen Zurechnungsfähigkeit feſtzuſtellen.

§. 50.

Hieraus folgt, daß von einem unzurechnungsfähigen (§. 49) Subjekte kein Verbrechen begangen werden kann. Der freie Wille ſetzt den Akt des Sichſelbſterfaſſens des Ichs als ſelbſtbewußter Allgemeinheit gegenüber ſeiner eigenen und der äußeren Natur voraus. Dieſe Freiheit fällt daher hinweg, wo es entweder noch gar nicht zu dieſem Akte gekommen oder aber in das Innere eines bereits zurechnungsfähig gewordenen Subjekts die Naturnothwendigkeit wieder als eine über ſein Wiſſen und Begehren beſtimmende Macht eingetreten iſt. N. Rev. §. 81. 83.

§. 51.

Als Gründe der Unzurechnungsfähigkeit ſind daher zu bezeichnen: 1) ſolche Zuſtände, in welchen der in die Zeit fallende Entwicklungsprozeß der Freiheit überall noch nicht zu dem Abſchluß gediehen iſt, vermöge deſſen die Möglichkeit freier Selbſtbeſtimmung und zwar mit dem Bewußtſein eines beſtehenden objektiv ſittlichen Pflichtenkreiſes angenommen werden kann. Dahin gehört 1) die erſte Jugend, 2) der Zuſtand eines ununterrichteten Taubſtummen, 3) der eines völlig Wilden, 4) angeborener Blödſinn. N. Rev. §. 84. 179. u. S. 144. 145.

---

1) Dagegen gehört zur Zurechnungsfähigkeit keineswegs als poſit. Erforderniß das Bewußtſein der Strafbarkeit (resp. Strafwürdigkeit, Rechtswidrigkeit ꝛc.) der konkreten Handlung, wie Bauer Abh. I. 251—253, Hepp Vergl. d. urſpr hann. Entw. mit d. revid. S. 18, ſelbſt Abegg S. 125. u. A. meinen, und wie es das heſſ. GB. Art. 37. nr. 3. und das bad. §. 71 vorausſetzen. ſ. dag. ſchon Grolman §. 40. 43. Martin §. 32 n. 9. vgl. Baumeiſter Bem. H. 1. S. 56—59. — Wieder etwas Anders iſt das (gleichfalls irrthümlich) aufgeſtellte Erforderniß der Abſchreckbarkeit. Feuerbach §. 88. 91. Martin §. 40 a. E. Roßhirt Lb. §. 25. 26. ſ. dag. Thibaut Krit. S. 45 f. Almendingen Imput. S. 91 f.

2) Wirth Ethik I. 119—121. Berner Imput. S. 97—104. Theilnahme S. 58—61. Heffter §. 48. 51. Marezoll S. 94. n. 1. Abegg §. 89.

3) N. Rev. S. 181. 182. Die gedachte Verwechslung geht z. B. noch bei Hepp (a. a. O. zu §. 48) durch das ganze Buch durch.

4) N. Rev. S. 155.

1) Die Kindheit macht nicht überhaupt unzurechnungsfähig [1]) (§. 26). Sie ist aber ein Grund der kriminellen Unzurechnungsfähigkeit, weil es ihr an dem entwickelten Bewußtsein von der Stellung des Individuums gegenüber der Welt des bürgerlichen Lebens fehlt (daneben aber freilich auch an der gehörigen Fähigkeit, den Reizen der inneren und äußeren Natur zu widerstehen) [2]). — Die Frage [3]), ob es nothwendig oder wenigstens zweckmäßig sei, einen absoluten Anfangspunkt für die kriminelle Zurechnungsfähigkeit in dem Sinne festzusetzen, daß wenigstens vor dem Eintritte dieses Zeitpunktes niemals ein bürgerlich zu strafendes Vergehen anzunehmen wäre, ist zu bejahen. So gewiß es nämlich ist, daß auch unter den gleichen klimatischen Verhältnissen, Sitten und Einrichtungen die geistige Entwicklung der Jugend keineswegs auf gleichförmige Weise vor sich geht, so sehr liegt es doch auch andrerseits in der Natur der Sache, daß der Anfangspunkt der kriminellen Zurechnungsfähigkeit selbst bei frühreifen (Sonntags- od. Wunderkindern) erst in einer Zeit eintritt [4]), die unter Berücksichtigung der somatischen Entwicklungsgesetze, der natürlichen Verhältnisse eines Landes, seiner Sitten und Institutionen, des Verhältnisses zwischen häuslichem und öffentlichem Leben ꝛc. gemessen werden kann. Vor diesem Zeitpunkte also ist ein jugendlicher Uebertreter lediglich der Strafgewalt der Familie oder stellvertretender Zucht (§. 26) zu überlassen. Indessen darf die Festsetzung eines solchen Zeitpunkts keineswegs die Bedeutung annehmen, als wäre von da an kriminelle Zurechnungsfähigkeit unbedingt und volle Strafbarkeit zu statuiren [5]). Vielmehr ist eben auf den Grund der Thatsache, daß die geistige Entwicklung keinen gleichförmigen Gang einhält, sofort eine weitere Periode abzugrenzen, innerhalb welcher zwar die Möglichkeit, nicht aber die Nothwendigkeit krimineller Zurechnungsfähigkeit angenommen, aber auch bejahendenfalls zum Mindesten ein Strafmilderungsgrund statuirt wird [6]). Ueberteter, denen der rei intellectus, das

---

1) vgl. verschiedene Auffassungen bei Feder üb. d. Willen II. §. 177. 178. Wieland Geist d. peinl. Ges. §. 270. Stelzer Grundſ. d. peinl. R. c. 6. §. 11. c. 10. §. 48. Grolman Bibl. I. 35 f. Grundſ. §. 43. 53. 54. Kleinſchrod I. 162 f. Feuerbach §. 90. Schröter S. 150 f. Martin §. 38. Bauer §. 128. Jarcke I. 178 f. Henke I. 307—309. Roßhirt Entw. S. 193 f. Abegg §. 89 (S. 143). Heffter §. 51. Marezoll S. 94. 95. Luden Hdb. I. 274 f. Rossi II. c. 15. Kitka im N. Arch. 1834. S. 117 f. Mittermaier eb. 1841. S. 155 f. Berner Imput. S. 97 f. vgl. noch v. Zeiller in d. öſtr. Zſchr. 1825. H. 9. nr. 34. Gerſterding Ausb. II. 31 f. Möhl de min. aetatae in crim. pun. 1834. Engelkens de imput. ad poen. pr. aetatis def. 1834. Jonge van Ellemeet de minore aetate ꝛc. 1839.

2) Schulze pſych. Anthrop. S. 479. Wirth Ethik I. 121.

3) ſ. darüber beſ. Rossi, Kitka, Mittermaier, Berner a. a. O. Oerſted Grundregeln S. 347 f. Friedreich gerichtliche Pſychol. S. 256 f.

4) ſ. beſ. Rossi a. a. O. Hélie II. p. 166—170. Niccolini quist. di deritto I. p. 210 sq. Breidenbach I, 1. S. 489 ff. 481. 482. Stübel Anh. z. Mittermaier üb. den neueſten Zuſtand ꝛc. S. 41. 42. Jenull I. 141.

5) Gegen Roßhirts (Entw. S. 198) Zweifel ſ. Breidenbach I. 1. S. 491. n. 5.

6) Beſſer noch, wenn hier überhaupt zwiſchen die häusliche Zucht und die eigentlichen Strafanſtalten eigenthümliche Beſſerungsanſtalten in die Mitte treten. ſ. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 191—197. 201—201 (wo freilich die Grenze gegen die bloßen Rettungshäuſer nicht ſcharf genug feſtgehalten iſt).

Handeln avec discernément nicht nachgewieſen werden kann [1]), ſind ganz wie die der erſten Periode zu behandeln. Erſt vom Ende der zweiten Periode an iſt das Daſein der kriminellen Zurechnungsfähigkeit als Regel aufzuſtellen [2]). — Was nun das poſitive Recht betrifft, ſo erklärt das römiſche die infantes (d. h. bis zu zurückgelegtem ſiebenten Jahre) zwar nicht für unzurechnungsfähig überhaupt (es ſchreibt ihnen consilium zu), wohl aber für kriminell zurechnungsunfähig [3]). Bei den Unmündigen (bis zu vollendetem zwölften, resp. vierzehnten Jahre) läßt es die individuelle Reife entſcheiden, welche ſehr treffend durch doli, culpae, injuriae capacitas bezeichnet wird [4]). Während nämlich die Termine der Kindheit und der Mündigkeit als abſolute zu nehmen ſind [5]), ſo hat man den Unterſchied zwiſchen infantiae und pubertati proximi eben nur als mit dem (nach der individuellen Reife ſich richtenden) Unterſchiede zwiſchen injuriae non capaces und injuriae capaces zu verſtehen [6]). Die weitere Frage iſt dann nur noch, ob das römiſche Recht bei den als kriminell zurechnungsfähig anzunehmenden Unmündigen die volle oder eine mildere Strafe habe eintreten laſſen, — eine Frage, die nicht mit abſoluter Sicherheit zu entſcheiden iſt [7]). Bei der Unterſuchung, ob dem jugendlichen Uebertreter der rei intellectus zugetraut werden könne, ſollte namentlich auch auf die Natur des konkreten Verbrechens

---

1) Ueber die Geſichtspunkte hiebei ſ. Mittermaier a. a. O. S. 185—188. Was dieſer §. 90. a. z. F. n. 20 ſagt, iſt übrigens unbegreiflich! Sellyer traité I. p. 205.

2) Nicht ganz klar iſt hierüber Berner Imput. S. 103. 104. vgl. Mittermaier (n. 5. 6. z. F. §. 99), welcher an vermeintlicher Humanität gegen junge Verbrecher nicht ſatt bekommen kann.

3) l. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8). l. 23. D. de furt. (47. 2). l. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2). Die l. 108 D. de R. J. (50. 17). l. 16 §. 3. D. de poen. (48. 19) und l. 6 pr. D. ad l. Jul. pec. (48. 13), welche Kleinſchrod I. §. 84 und (wie es ſcheint, nach ihm) Berner S. 105 anführt, gehören nicht hierher.

4) l. 23 D. de furt. (47. 2). l. 2. §. 19. D. vi bon. rapt. (47. 8). l. 1. §. 6 D. ne vis fiat ei. (43. 4). l. 1. §. 15 D. depos. (16. 3). l. 3. §. 1 D. de injur. (47. 10). l. 22. pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 4. §. 26 D. de doli mali exc. (44. 4). l. 3. §. 2 D. de trib. act. (14. 4). l. 3. §. 1. D. de sep. viol. (47. 12). l. 111 D. de R. J. (50. 17). §. 18 J. de obl. quae ex del. (IV. 1).

5) Erb in d. Heidelb. Jb. 1815. S. 670.

6) Dies war freilich von jeher ſehr beſtritten. ſ. die Gloſſe zu l. 111 D. de R. J. (50. 17) und §. 10. J. de inutil. stip. (III. 20). Farinac. qu. 92. n. 9 sq. Liter. b. Glück II. §. 130. vgl. beſ. Gensler im Arch. f. civil. Prax. IV. 216—234. Jetzt iſt der angef. Satz wohl faſt allgemein anerkannt. ſ. z. B. Kleinſchrod I. §. 85. Grolman Bibl. I. 41—44. Schröter S. 150—152. Roßhirt Entw. S. 79. 80. Jarcke I. 179. Hefftter §. 51. n. 2. Marezoll S. 94. Die Modifikation von Wächter I. S. 117 (vgl. Luden Hdb. I. 275. n. 2) iſt unweſentlich. vgl. noch Schrader zu §. 10 J. de inutil. stip. (III. 20). Dirkſen Verm. Schriften I. 180—199. v. Savigny Syſtem III. 23 ff.

7) vgl. l. 1 C. si adv. del. (2. 35). l. 14. D. de Scto Silan. (29. 5). l. 7 C. de poen. (9. 47). — l. 108 D. de R. J. (50. 17) l. 16 §. 3 D. de poen. (48. 19). ſ. z. B. Carpzov qu. 143. nr. 3. 21 sq. Grolman Bibl. I. 44. 45. Schröter S. 153. Roßhirt Entw. S. 80—83. Wächter I. S. 222. dag. Kleinſchrod a. a. O. §. 86. Feuerbach §. 99. n. 4. Berner Imput. S. 105 (wohl nach Kleinſchrod).

gesehen werden [1]); dagegen ist es unrichtig, dem römischen Rechte den an sich falschen Satz aufzubürden, daß die Unmündigen eher als culpae, denn als doli capaces anzunehmen seien [2]). — Das kanonische Recht stimmt hinsichtlich der Kindheit mit dem römischen überein [3]); ebenso darin, daß es annimmt, gewisse Verbrechen können ihrer Natur nach von Unmündigen nicht begangen werden [4]). Entschieden aber spricht es zugleich den Satz aus, daß Unmündige, welche als kriminell zurechnungsfähig anzunehmen sind, milder zu bestrafen seien [5]). — Das germanische Recht macht zwar die Unmündigen für Rechtsverletzungen civilrechtlich verantwortlich (s. o.), und gemäß der Zwitternatur der Buße kann eingeräumt werden, daß in einigen Rechten diese privatrechtliche Verantwortlichkeit vom Beisatz einer strafrechtlichen Bedeutung nicht ganz frei war, wobei aber zu bemerken ist, daß solchenfalls stets eine geringere Buße angesetzt wird, als für dolose Verletzungen [6]). Jedenfalls aber wurden Unmündige (bald bis zum 12ten, bald bis zum 15ten Jahre) nicht friedlos gelegt und es durfte für ihre Verletzungen kein Friedensgeld entrichtet werden [7]). Ja der Grundsatz krimineller Unzurechnungsfähigkeit Unmündiger findet sich theilweise direkt ausgesprochen [8]), und einige nordischen Rechte erhoben sich sogar bereits zu der Unterscheidung zweier Perioden und zu der Ansicht, daß in der ersten Periode dem jungen Uebertreter nicht Strafe, sondern häusliche Züchtigung gebühre [9]) (welche freilich auch der Verletzte selbst anstatt des Vaters soll ausüben dürfen) [10]). Die Rechtsbücher des MA. sagen, daß ein Kind binnen seinen Jahren durch Verbrechen seinen Leib nicht verwirken könne, wiewohl der Schaden aus seinem Gute gebessert werden müsse [11]). Doch unterscheidet das schwäb. LR. genauer: ein Kind unter 14 Jahren soll allerdings wegen Verbrechen nie seinen Leib oder einen Theil seines Leibes verwirken; dagegen soll es allerdings wegen Diebstahls bei Insolvenz mit Haut und Haar büßen, jedoch nur, wenn es über 7 Jahre alt ist; denn unter 7 Jahren soll ein Kind weder Leib, noch Gut verwirken

---

1) l. 1. §. 32 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 22 pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1 C. de fals. moneta (9. 24).

2) Grolman a. a. O. S. 37 f. Schröter S. 150. Wächter I. S. 117 unt. Roßhirt Entw. S. 78—81.

3) c. un. Clem. de homic. (5. 4).

4) Es ist hiernach entschieden unrichtig, wenn Kleinschrod I. §. 86 (vgl. Berner S. 106) behauptet, daß das kan. Recht die Unmündigen schlechthin für krim. zurechnungsfähig erkläre.

5) c. 1 X. de del. puer. (5. 23). Roßhirt Entw. S. 83 sagt, das kan. Recht spreche sich hierüber nicht aus (!).

6) L. Fris. add. III. 70. 24 frief. Landr. c. 12 (v. Richth. S. 60); schwed. Rechte b. Wilda S. 643.

7) s. §. 48 Anm. 2). vgl. dazu Cap. l. Sal. add. a. 819. c. 5. (P. I. p. 226) Aethelst. Ges. VI. 12. §. 1. u. Stellen aus nord. Rechten b. Wilda S. 641. 642.

8) Jüt. Low. II. 97 a. E. vgl. II. 50. Jues Ges. VII, 2. Aethelst. Ges. II, 1. VI. 1.

9) s. Stellen b. Wilda S. 641. vgl. damit die höchst oberflächliche Bemerkung von Trummer Vortr. I. 429.

10) vgl. damit die Stellen aus dem deutschen Rechte des Mittelalters. Anm. 1. z. §. 26.

11) Sächs. LR. II. 66. §. 1. Gosl. Stat. (Göschen) S. 42, 8—19. — Schwäb. LR. c. 177. Freiburg. Stadtrechtsbrief 1120. §. 57.

können [1]). — Die P.G.O. ſcheidet eine erſte Periode der Kindheit nicht ab, ſondern ſtellt nur (Art. 179) im Allgemeinen die Jugend als einen möglichen Grund der Strafloſigkeit auf. Im Art. 164 dagegen erklärt ſie Unmündige (unter 14 Jahren) [2]) für kriminell zurechnungsfähig [3]), und will nur, daß in der Regel eine Strafmilderung eintreten ſoll, jedoch bei ſolchen, die nahe an 14 Jahren ſeien, dann nicht, wenn die Bosheit das Alter erfülle [4]). Ob nun aber die P.G.O. den Eintritt der Mündigkeit als abſoluten Zeitpunkt für den regelmäßigen Beginn der vollen krim. Verantwortlichkeit feſtſetze, iſt von jeher beſtritten geweſen, übrigens nach dem geſammten Inhalt des Art. 164 eher zu bejahen, als zu verneinen [5]). Ueber die gemeinrechtliche Praxis nach der P.G.O. ſ. o. §. 26 Anm. 1 [6]). — Die neueren Geſetzgebungen ſetzen faſt durchgängig einen abſoluten Anfangspunkt für die kriminelle Zurechnungsfähigkeit feſt [7]), freilich in ſehr verſchiedener Weiſe [8]). Abweichend ſind nur (mit Unrecht) der

---

1) Schwäb. LR. c. 177. 232. Zu bem. iſt aber, daß die Stelle von dem Haut- und Haarabſchlagen in dem Freyſinger Landrechtsb. 1473 (Maurer S. 172) c. 151 fehlt.

2) Daraus haben die Meiſten von jeher mit Recht geſchloſſen, daß nach der P.G.O. auch beim weiblichen Geſchlechte erſt das 14te Jahr als Grenze anzunehmen ſei. Carpzov qu. 143. nr. 27. Böhmer med. ad art. 164. §. 2. Feuerbach §. 90. Roßhirt Entw. S. 82. Luden Hdb. I. 276. n. 2. A. M. Kleinſchrod I. 174. Schröter S. 153. n. 2.

3) Mit vollem Recht ſagt Heffter §. 51. n. 2., daß nach dem klaren Wortlaut auch Unmündige, die nicht pubertati proximi ſeien, für krim. zurechnungsfähig erklärt werden, was Luden I. 275. n. 2. (vgl. Geusler a. a. O. S. 234) ganz ohne Grund beſtreitet. Ueberaus wunderlich iſt aber der Irrthum, den Schröter S. 143 n. 1 der P.G.O. aufbürdet, als nähme ſie hier Strafbarkeit ohne Zurechnungsfähigkeit an (!), ein Irrthum, der übrigens nahe liegt, wenn man ſich ſo ungenau ausdrückt, wie Kleinſchrod I. 173. ſ. beſ. Const. Theres. Art. 11. §. 6. Cod. Max. I. 1. §. 14.

4) vgl. Geſterding Ausbeute II. 32. Jonge l. c. p. 91. v. Zeiller in d. öſtr. Zeitſchr. 1825. nr. 34. Fall b. Feuerbach Aktenm. Darſt. II. 417 f. ſ. auch Meiſter rechtl. Erk. I. dec. 6. n. 21.

5) Die Meiſten, welche verneinen, berufen ſich übrigens mehr auf das röm. Recht, als auf die P.G.O. Letzteres thun dagegen Grolman Bibl. I. 47—49. Roßhirt Entw. S. 82. Berner S. 106. Mittermaier n. 5. z. F. §. 99. ſ. dag. Wächter I. S. 222. Tittmann I. §. 222.

6) Sehr ungenau iſt, was hierüber von Tittmann geſagt und von Berner wiederholt wird. vgl. Wächter I. S. 224 ob.

7) Das preuß. LR. II. 20. §. 17 mit dem Eintritt der Mündigkeit, wobei jedoch zu bemerken, daß die „Züchtigung" der Unmündigen den Staatsbehörden aufgetragen u. überdies i. J. 1796 der Grundſatz: malitia supplet aetatem aufgeſtellt wurde (vgl. übr. d. Reſkr. v. 1827 b. Mannk. S. 3—9); — das öſtr. GB. §. 2. d. 237. 269—273 für Verbrechen mit dem 10ten, für Vergehen und Uebertretungen mit dem 14ten Jahr (Jenull I. 141—146. Hye S. 174—183); — das bair. mit dem 8ten Jahre (Art. 120); — das ſächſ. (Art. 66), hannövr. (Art. 83), heſſ. (Art. 37), thüring. (Art. (61)., bad. (§. 78) mit dem 12ten (ebenſo der kurheſſ. Entw. §. 65 u. der neueſte bair. Art. 57); das Wirtemberg. (Art. 95) mit dem 10ten (ebenſo das norweg. c. V. §. 1); das braunſchw. (§. 30) mit dem 14ten (ebenſo das von Baſel §. 2). ſ. auch ſchon die Theresiana und den Cod. Maxim. l. c.

8) Die braunſchw. Motive (Breym. S. 192. 193) berufen ſich für das 14te Jahr auf die eigenthümlichen Verhältniſſe in Norddeutſchland. vgl. aber das hannövr. und gar das norweg. GB. ſ. auch Leonhardt I. 357. n. 4.

Code pénal (art. 66) und das Preuß. GB. (§. 42), welche von einem ſolchen Anfangspunkt nichts wiſſen, vielmehr bis zu vollendetem 16ten Jahr überall die Frage geſtellt haben wollen, ob der Thäter ohne oder mit discernément gehandelt habe [1]). — Mit der Kindheit wird nun ferner von Vielen das Greiſenalter als Grund der Zurechnungsunfähigkeit in Verbindung gebracht [2]), unfehlbar aus dem ſehr in die Augen fallenden Grunde, daß das Alter wieder kindiſch macht, wiewohl mit demſelben Rechte der Spruch Göthes anzuführen iſt: „Das Alter macht nicht kindiſch, wie man ſpricht; es findet uns nur noch als wahre Kinder.“ Allein mit Recht ſagen die Meiſten, welche dieſen Punkt beachten, daß nicht das Alter an ſich, ſondern der im ſpeziellen Fall zu erweiſende Blödſinn, der im Gefolge des Alters etwa eingetreten ſei, den Grund der Unzurechnungsfähigkeit bilde [3]). Was man an Stellen aus den gemeinrechtlichen Quellen anführt [4]), iſt hiemit nicht im Widerſpruch, da dieſelben höchſt allgemein lauten und denſelben andre entgegenſtehen, worin das höhere Alter als ſolches vielmehr als ein Straferhöhungsgrund bezeichnet wird [5]). Von den neueren Geſetzgebungen haben nur wenige den Punkt in's Auge gefaßt; dieſe haben aber eben nur für den Fall das Greiſenalter für einen Grund der Unzurechnungsfähigkeit erklärt, wenn dadurch der Verſtandesgebrauch verloren gegangen ſei [6]). Somit iſt es überflüſſig und irrthümlich zugleich, daſſelbe an dieſer Stelle ſpezifiſch aufzuführen.

2) Der gleiche Grund der Unzurechnungsfähigkeit, wie beim jugendlichen Alter, tritt auch über den normalen Zeitpunkt geiſtiger Reife hinaus dann ein, wenn vermöge krankhafter Zuſtände jener Zeitpunkt bei einer Perſon als noch gar nicht eingetreten anzunehmen iſt. Dahin gehören ununterrichtete Taubſtumme [7])

---

1) ſ. jedoch Rossi a. a. O. u. ſpätere legislat. Vhdl. bei Hélie II. p. 166 sq.; ferner die früheren preuß. Entwürfe nebſt den betr. Vhdl. bei Beſeler S. 190—194. Goldtammer I. 355—360. (Merkwürdig iſt, daß ſchon die Theresiana zwiſchen dem 14 und 16ten Jahr einen Milderungsgrund Platz greifen läßt, „falls gute Hoffnung künftiger Beſſerung ſich äußere“.

2) Schröter S. 154. Grolman §. 54. Wächter I. S. 118. Abegg S. 144.

3) Baj. ad Clar. §. fin. qu. 60. n. 27. 28. Tiraquell. de poen. temper. caus. 8. Farinacius qu. 92. n. 35. Carpzov qu. 145. Böhmer Med. ad art. 179. §. 5. Stelzer Grundſ. c. 10. §. 48. Kleinſchrod I. §. 89. 90. Henke I. 328. Jarcke I. 181. Tittmann §. 85.

4) l. 3. §. 7 D. de Scto Silan. (29. 5). Dist. 86. can. 24. P.G.O. Art. 179. Ganz das Richtige ſ. ſchon in der Theresiana Art. 11. §. 6 u. im C. Max. I. 1. §. 18.

5) Csa. 2. qu. 7. c. 28. vgl. die Citate bei Carpz. l. c. nr. 7—11. 19. u. hinſ. der Praxis ib. nr. 16 (aus J. Clar.), 21—25. Die Rohheit dieſer Praxis iſt auffallend, vgl. nr. 28. 38. 39. 48—51. 54. 55, erklärt ſich aber durch die Halbheit der Theorie. Das einzig Brauchbare aus dieſer Praxis iſt die vom Code pénal aufgefaßte Rückſicht, daß für Verbrecher hohen Alters die gewöhnlichen Strafen modifizirt werden müſſen. Hélie III. 200—204.

6) Bair. GB. Art. 120. Hannövr. Art. 83. vgl. Breidenbach I. 1. S. 483. n. 5. Jenull I. 135. Wirt. Komm. Ber. S. 120.

7) Farinacius qu. 98. nr. 159 sq. Gomez Var. resol. III. c. 1. n. 69. Carpzov qu. 147. n. 1—40. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 147. Leyser sp. 599. med. 2. sp. 632. med. 13—15. Hommel de temp. poen. ob imbecillit. int. §. 16—19. Kreß vom Rechte der Taub- und Stummgeborenen.

(vorausgeſetzt, daß ſie taubſtumm geboren oder in frühſter Jugend es geworden ſind). Das gemeine Recht ſpricht ſich hierüber nicht aus. Das römiſche Recht erwähnt nicht die Taubſtummen als ſolche, ſondern nur die Tauben und die Stummen, und faſt immer nur in privatrechtlichen Beziehungen, wovon nicht ſofort auf die ſtrafrechtlichen geſchloſſen werden darf [1]); wo aber auch von letzteren die Rede iſt, da wird nur der Grundſatz ausgeſprochen, daß Individuen, die eines beſtimmten Sinnes ermangeln, ſolcher Delikte nicht fähig ſeien, die eben nur von einem mit dieſem Sinne Begabten begangen werden können [2]). Ebenſowenig macht die P.G.O. (Art 179) die Taubſtummen namhaft. Doktrin und Praxis aber erkannten in „angeborner Taubſtummheit“ ganz richtig zum Mindeſten einen Strafmilderungsgrund an, ja ſogar einen Grund der Zurechnungsunfähigkeit, falls es an dem perfectus intellectus fehle [3]); nur freilich wurde andrerſeits auch angenommen, daß bei einem Taubſtummen perfectus intellectus möglich und dann die volle Strafe anwendbar ſei, „falls nur die Verurtheilung nicht auf bloßes Geſtändniß hin erfolge“ [4]). Seit nun in neuerer Zeit die Erziehungskunſt hinſichtlich der Taubſtummen die ſtaunenswertheſten Fortſchritte macht, hat ſich immer allgemeiner die Anſicht feſtgeſetzt, daß zwiſchen ununterrichteten und unterrichteten [5]) Taubſtummen zu unterſcheiden, bei jenen in der Regel Zurechnungsunfähigkeit [6]), bei dieſen Strafmilderung anzunehmen ſei [7]), wiewohl auch jetzt noch die Mei-

---

Hoffbauer Pſychol. §. 163—185. Renazzi I. c. 7. §. 5. Guyot de jure surdo-mutorum. Mansfeld Aerztl. Andeut. z. Beſtimmung d. bürgerl. Standp. d. Taubſtummen. Stelzer Grundſ. I. c. 6. §. 6. Kleinſchrod I. §. 95—97. Friedreich Hdb. S. 402 f. Schnitzer Zur. fähigkeit S. 330 f. Berner Imput. S. 108 f. Fälle b. Eiſenhardt VII, 1. Moritz Magazin z. Erfahr. Seelenheilkunde I. 3. S. 82 f. II, 2. S. 40 f. III, 2. S. 89 f. IV, 2. S. 42. (Hymmen) Beitr. z. Liter. d. Jur. in Preuß. V, 1 f. und Kappler S. 360. 361. ſ. auch Kitka in der öſtr. Zeitſchr. 1839. S. 146 f. N. Arch. VII. 737 f. Hitzig Zeitſchr. IX. 335 f.

1) ſ. Böhmer l. c. u. beſ. Guyot l. c.

2) l. 3. §. 8—10 de Scto Silan. (29. 5.) Kleinſchrod a. a. O. §. 95. Breidenbach I, 1. S. 497. ob. Der Stellenapparat bei Berner Imput. S. 114. beweist daher nichts.

3) ſ. Carpzov l. c. u. Farin., Gomez, Theodor. ꝛc. ib. citt. auch Matth. Prol. c. 2. nr. 12.

4) ſ. die Schöffenſprüche bei Carpz. nr. 24. 38. 39. Berlich Conclus. 44. nr. 27. Gasser de inqu. contra surdum §. 24. Für die Regel voller Verantwortlichkeit erklärt ſich mit äußerſter Oberflächlichkeit (beſ. gegenüber v. Kreß) Leyser l. c., für die Regel der Unzurechnungsfähigkeit dagegen ſehr ſcharfſinnig Böhmer l. c. Als Strafmild.Grund erſcheint die Taubſtummheit in der Theres. Art. 11. §. 4, ebenſo, aber auch nach Umſtänden als Grund der Strafloſigkeit im C. Max. I. 1. §. 18.

5) Die Unterſcheidung iſt allerdings nicht erſchöpfend, da einerſeits der Unterricht ohne Erfolg geblieben, andrerſeits durch eine nicht methodiſche Ausbildung unter günſtigen Umſtänden erſetzt ſein kann. Breidenbach I. 1. S. 495. Wirt. Vhdl. d. Abg. Sitz. 18. S. 26. 27.

6) Jenull I. 135. Hye S. 168 (d. öſtr. GB., wie das preuß. LR. erwähnen den Punkt nicht ſpeciell). Bair. GB. Art. 120, Sächſ. Art. 67, Hannövr. Art. 83, Braunſchw. §. 30, Heſſ. Art. 37, Bad. §. 77, Thüring. Art. 62. Bair. Entw. Art. 58, Kurheſſ. Entw. §. 64. Das Wirt. und Preuß. GB. übergehen den Punkt. (Vgl. Entw. 1843. §. 79). Goldtammer I. 406.

7) Bair. GB. Art. 120, Braunſchw. §. 60, Heſſ. Art. 114, Bad. §. 153, Thüring. Art. 59, Bair. Entw. Art. 84. Das hannövr. und noch

nung, daß je nach Umſtänden Taubſtumme mit der vollen Strafe zu belegen ſeien, nicht ganz unvertreten iſt [1]). Aus den Anführungen in den Noten ergiebt ſich, daß die franzöſiſche und größtentheils auch die deutſche Geſetzgebung in dieſer Frage noch ſehr zurück iſt. Denn nicht nur fehlt es nicht ſelten ſogar an der Erkenntniß, daß auch ſog. unterrichtete Taubſtumme nie der vollen Strafe unterworfen werden dürfen, ſondern es fehlt in allen an der weiteren Erkenntniß, daß es hiermit nicht genügt, daß vielmehr auch unterrichtete Taubſtumme nur in Korrektionsanſtalten untergebracht und bloß pädagogiſch-kriminell behandelt werden ſollten [2]).

3) Derſelbe Grund der Unzurechnungsfähigkeit tritt bei einem ganz wild Aufgewachſenen ein, womit freilich ein bloß ſchlecht Erzogener nicht verwechſelt werden darf [3]).

4) Daſſelbe gilt endlich von angeborenem Blödſinn, der übrigens von bloßer Dummheit wohl zu unterſcheiden iſt [4]). Völliger Blödſinn (Kretinismus) macht den Menſchen dem Thiere gleich; ſollte aber das Analogon des Taubſtummenunterrichts hier anſchlagen, ſo wäre jedenfalls auch in ſolchen Fällen der gleiche Geſichtspunkt aufzuſtellen, wie ad 2 [5]).

§. 52.

II. Solche Zuſtände (§. 50), in welchen der zur Freiheit gereiſte Geiſt wieder unter das Geſetz der Naturnothwendigkeit zurückgeworfen erſcheint; und zwar A) in vorübergehender Weiſe: dahin gehört 1) der Affekt, 2) die Trunkenheit, 3) die Schlaftrunkenheit und die ihr verwandten Zuſtände, — 4) der vorübergehende Wahnſinn. Abſoluter Aufhebungsgrund der Zu-

auffallender das ſächſ. GB. (Art. 94 —, 64) geben hier nur ganz ungenügende Beſtimmungen.

1) ſ. ſelbſt Heſſ. GB. Art. 114. j. Breidenbach I. 1. S. 495. vgl. aber die Ausführung bei demſ. I, 2. S. 607—611.

2) N. Rev. S. 674. 675. Guyot l. c. p. 162 sq. vgl. Sardin. GB. §. 97. 98. Jezt auch Berner Theilnahme S. 59.

3) Jenull I. 135. Wächter I. §. 71. Tittmann I. §. 85. Heffter §. 52. n. 3. Feuerbach §. 90. n. 3. Martin §. 40. Bauer §. 128. Mit Unrecht wird hier häufig Böhmer obs. ad. Carpz. qu. 149 angef., da dieſer lediglich von der Rechtsunwiſſenheit ſpricht (wie auch Kleinſchrod I. §. 130 f. 135 f.).

4) Platner Unterſuch. nr. 12—17. Heinroth Syſt. der pſych. ger. Medizin S. 206—214. Jarcke I. 163. vgl. Denſ. Zur. fähigkeit in zweifelh. Gemüthszuſtänden. Hoffbauer Pſychol. §. 28. Wenzel üb. d. Kretinismus. (1802). Mark Geiſteskrankh. (ed. Ideler) I. 276 f. Ideler Grundr. d. Seelenheilkunde II. 624 f. Maffei u. Röſch Unterſ. üb. d. Kretinismus 1844. Feuerbach §. 90. n. 5. Mittermaier §. 90. a. Berner S. 154—157. Hélie II. 211—214. Die Theres. macht aus dem Blödſinn einen bloßen Mild.Grund (Art. 11. §. 4). Anders der C. Max. I. 1. §. 17. Jenull I. 134. Bair. GB. Art. 120. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 83. Sächſ. Art. 67. Braunſchw. §. 30. Heſſ. Art. 37. Bad. §. 75. Thüring. Art. 62. Preuß. §. 40.

5) Gewöhnlich begnügt man ſich auch hier mit einem Mild.Grund. Jenull I. 371. Wächter I. §. 116. Henke I. 309. 310. Die neuen Geſetzgebungen machen es hier eben wie bei der Taubſtummheit. ſ. auch Wirt. GB. Art. 98. (vgl. Sächſ. Art. 64. Weiß S. 289. 290.) Fälle b. Kappler S. 330. 331. — N. Rev. S. 674. 675.

rechnungsfähigkeit iſt jedoch bloß der leztere; die übrigen ſind es nur relativ, ſofern ſie nur in gewiſſen Graden und auch dann nur unter der Vorausſetzung, daß ſie nicht ſelbſt durch die Freiheit geſetzt ſind, die Zurechnungsfähigkeit aufheben. N. Rev. §. 85.

1) Abgeſehen davon, daß der Affekt hierher überall nur für den Fall gehört, wo er völlige Bewußtloſigkeit mit ſich führt[1]), was jedoch nur bei gewiſſen Affekten und bei dieſen nur ſelten vorkommt, fragt ſich überhaupt, ob nicht auch ein ſolcher ungewöhnlicher Zuſtand der Unfreiheit ſtets als ein durch die Freiheit geſetzter anzunehmen und daher mindeſtens zur culpa zuzurechnen ſei, da derſelbe nicht von der leiblichen, ſondern von der geiſtigen Seite ausgeht, mithin in dem Hingeriſſenwerden immer ein Sichhinreißenlaſſen liegt[2]). Indeſſen dürfte dahin zu entſcheiden ſein, daß in den Fällen des ſog. gerechten Affekts durch den Veranlaſſungsgrund das kulpoſe Moment abſorbirt werde[3]). Das römiſche Recht weiß von einer Unzurechnungsfähigkeit wegen Affekts, auch des gerechten, nichts. Die Beſtimmungen über das Tödtungsrecht beim Ehebruch gehören nämlich lediglich nicht hierher[4]); gerade die Art und Weiſe aber, wie das römiſche Recht behufs der Beſchränkung jenes Rechts verfuhr, zeigt deutlich, daß ſelbſt ein justissimus calor nur als Milderungsgrund angeſehen wurde, was durch andre Stellen und noch ganz beſonders durch den Zuſammenhang der römiſchen Jurisprudenz mit der ſtoiſchen Philoſophie beſtätigt wird[5]). Was das deutſche Recht betrifft, ſo hat allerdings die Bamb. (Art. 145. vgl. erſtes Proj. der P.G.O. Art. 126) die Strafloſigkeit der Tödtung des Ehebrechers ꝛc. auf den Grund des gerechten Affekts bezogen. Allein dieſe Beſtimmung, ſollte ſie auch

---

1) ſ. Schulze Pſych. Anthropol. S. 360 ff. vgl. A. Henke Lb. §. 274. 283. 284. Abh. II. 395 f. Friedreich Handb. d. gerichtl. Pſychol. S. 826 f. Hoffbauer §. 218. Elvers Prakt. Arbeiten S. 231—259.

2) ſ. dafür Carpzov qu. 147. nr. 41—61. Farinacius qu. 91. nr. 4. sq. Tiraqu. de poen. temp. csa. 1. Gail Obs. II. 106. nr. 12. Obs. 110. nr. 37. Die Alteren ſtritten nur darüber, ob u. inwieweit der Affekt als Strafmilderungsgrund erſcheinen könne; nur dies giebt Carpz. dem gerechten und dem alles Bewußtſein aufhebenden Affekt zu). Lauterbach Diss. acad. II. nr. 92. Kress ad art. 179. Weſtphal Rechtl. Beurth. der aus Zorn untern. Handl. c. 2. §. 4 ff. Wieland Geiſt d. peinl. Geſ. §. 290 f. Jarcke I. 176—178. Dagegen wird der Affekt als möglicher Grund der Unzurechnungsfähigkeit aufgeführt von Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 6. Med. ad art. 179. §. 8. Kleinſchrod I. §. 115—128. Tittmann I. §. 87. Schröter §. 121. Henke I. 318. 319. Berner Imput. S. 116—121. Mittermaier §. 90 n. z. F. Heffter §. 53. n. 11. Marezoll S. 96. n. 3. Luden Hdb. I. 282. n. 4. (?). vgl. noch Kitka öſtr. Zeitſchr. 1839. S. 153 f. Hélie II. 229. 230. Renazzi II. c. 4. §. 13. c. 5. §. 6.

3) Feuerbach Rev. II. 167 f. Lb. §. 90. Grolman §. 54. Martin §. 39. Bauer §. 128. not. g. Roßhirt Lb. §. 24. (vgl. Entw. S. 76. 200. ?). Rossi II. c. 21. Eben daſſelbe muß bei einem unverſchuldeten Schrecken gelten. ſ. Jarcke I. 164. not. 27. Heffter §. 53. n. 5. 6.

4) Jarcke I. 176. n. 61.

5) l. 7. pr. D. depos. (16. 3). l. 14. §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16.) Paul. R. S. II, 26. §. 5. Coll. IV, 5. 10. l. 38. §. 8 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 4. C. eod. (9. 9). l. 1. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). ſ. meine Schrift üb. Mord u. Todtſchlag ꝛc. S. 161—191.

nicht bloß auf Entschuldigung von peinlicher Strafe zu beziehen sein [1]), erscheint jedenfalls als singulär. Die VO. von Gotteslästerern a. 1495 behandelt den Affekt wenigstens nur als Milderungsgrund [2]). Die neueren Gesetzgebungen pflegen den Affekt nicht besonders herauszuheben, dagegen als allgemeinen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit die vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne und des Verstandes aufzustellen (worunter denn auch der — gerechte oder ungerechte — Affekt fallen kann [3]).

2) Die Trunkenheit, bei welcher sich Grade unterscheiden lassen [4]), ist dem Affekte ähnlich, sofern das darin Begangene sich wenigstens unter Umständen mittelbar auf die Freiheit (dol. od. culpa) reduziren läßt; dagegen ist bei ihr der Anfang der Unzurechnungsfähigkeit nicht erst mit der völligen Bewußtlosigkeit, sondern schon dann zu setzen, wenn zwar noch Bewußtsein vorhanden, aber dessen innerer Zusammenhang aufgehoben ist (weil bei ihr Naturursachen wirksam werden, welche im bestimmten Falle die Gegenwirkung der Vernunft ausschließen und es dem Subjekte unmöglich machen, den Verlust des Bewußtseins aufzuhalten) [5]). Wie daher die Trunkenheit im Anfange ihres Verlaufs sich dem Affekte zuneigt, so neigt sie sich mit der andern Hälfte dem Schlafe zu, von dem sie sich jedoch wieder dadurch unterscheidet, daß die durch sie herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit streng genommen nie für eine absolute gelten kann. Gleichwohl wird man wegen der mitwirkenden Naturursachen die Trunkenheit vom Affekte zu unterscheiden und die Möglichkeit einer unverschuldeten Trunkenheit zu statuiren haben [6]) (um somehr, wenn man dem gerechten Affekt

---

1) Dies meint Jarcke I. 176. n. 63. (vgl. aber Böhmer ad Carpz. qu. 52. obs. 1. Med. ad art. 120. §. 17). Diese Meinung wird jedenfalls durch P.G.O. Art. 150. (Bamb. Art. 167) widerlegt, welche romanisirend noch weiter geht. Offenbar suchte Schwarzenberg für das in Deutschland bodenlose Tödtungsrecht eine andre Basis und fand sie nach Anleitung der späteren röm. Jurisprudenz im gerechten Affekt. Eben darin liegt aber zugleich die Singularität der Bestimmung.

2) Damit stimmte die Praxis, wie sie Carpzov bezeugt, überein; desgl. Cod. Max. I. 1. §. 20. Theresiana art. 11. §. 8.

3) Oestr. GB. §. 2. (vgl. §. 39). Jenull I. 140. Bair. Art. 121. Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 84, 9. Braunschw. §. 30. Hess. Art. 37. Bad. §. 75. Thüring. Art. 62. vgl. übr. Leonhardt I. 370. 371. Breidenbach I. 1. S. 506—508. Kurhess. Entw. §. 62. Bair. Entw. Art. 56. Hélie II. p. 225. Der Code pén. (art. 321. 324. 325.) läßt den Affekt nur als Mild.grund wirken. Dasselbe nimmt Hufn. III. 129. und StrafGB. mit Anm. S. 94 vom Wirt. GB. an. Ebenso Breidenbach I. 1. S. 508 vom hessischen. vgl. Goldtammer I. 408.

4) Hoffbauer Psychol. §. 190 f. Heinroth Lb. d. Seelenstör. II. 272. Weber psych. Anthropol. S. 449 f. Clarus Beitr. z. Beurth. zweif. Seelenzust. S. 113 f. Dazu Henke Abh. IV. S. 235 f. Friedreich Hdb. S. 726 f. ger. ärztl. Prax. S. 427 f. Schnitzer Zur.fähigkeit S. 304 f. Ellinger anthrop. Mom. S. 50 f. Berner Imput. S. 122 f. Rossi II. c. 20. Mittermaier im N. Arch. XII. 1—52. Fälle s. N. Arch. II. 421—433. Feuerbach Aktenm. Darst. II. 667 f.

5) Breidenbach I. 1. S. 505. Berner S. 129. Luden Hdb. I. 281. n. 3. vgl. Hufnagel I. S. 209. 210. III. 129. StrafGB. S. 94. n. 8. Kleinschrod I. §. 107. a. E., bes. aber Feuerbach aktenm. Darst. II. 687—695.

6) s. bes. Mittermaier im N. Arch. XII. 23—25. 41—43. Kleinschrod I. §. 109. Böhmer med. ad art. 179. §. 9. u. obs. 1. ad Carpz. qu. 146. Clarus §. fin. qu. 60. nr. 11. (mit Unrecht meint aber Mitterm. a. a.

die Anm. 1 angef. Wirkung zuſchreibt, wofür freilich kein unmittelbares Analogon eines „gerechten Rauſches" angeführt werden kann). Erreicht nun eine ſolche unverſchuldete Trunkenheit nicht den vorhin bezeichneten äußerſten Grad (der Aufhebung des inneren Zuſammenhangs des Bewußtſeins), ſo bleibt immer noch die Handlung eines Zurechnungsfähigen übrig, wiewohl hier die Strafe gemildert werden muß [1]). War es aber ſoweit gediehen, ſo iſt unbedingte Zurechnungsunfähigkeit anzunehmen [2]). Anders, wenn die Trunkenheit als verſchuldet (vorſätzlich oder fahrläßig herbeigeführt) anzuſehen iſt. Handelt es ſich hier nicht von jenem höchſten Grade, ſo entſcheidet ſich die Frage einfach nach den allgemeinen Grundſätzen über dolus und culpa (ſ. u.). Trat dagegen jener äußerſte Grad ein, ſo iſt allerdings wieder an der kulpoſen Verantwortlichkeit bei fahrläßig herbeigeführter Trunkenheit nicht zu zweifeln [3]). Hatte ſich aber der Thäter abſichtlich betrunken, um im Rauſche ein Verbrechen zu begehen, und begeht es nun in jenem Stadium, ſo kann hier bei dem aufgehobenen Bewußtſein in der Ausführung kein Kauſalzuſammenhang zwiſchen dieſer und dem Beſchluſſe (des Verbrechens ſelbſt und der Berauſchung), mithin in keinem Fall dolus angenommen werden, wogegen an einer groben culpa nicht zu zweifeln iſt [4]). — Den Quellen

---

O. S. 8. 9., dieſe Anſicht des Clar. ſei zur comm. opin. geworden). Ebenſo faſt alle Neueren. ſ. Feuerbach §. 90. n. 9. Grolman §. 54. Henke I. 322. 323. Wächter I. §. 72. Stübel Grundſ. §. 153. n. f. Martin §. 39. Bauer §. 128. Abegg S. 144. Heffter §. 53. n. 10. Marezoll S. 97. 98. Anders ſprach ſich meiſt die frühere Theorie aus, welche die Trunkenheit überall als verſchuldet annahm. ſ. beſ. Damhouder c. 84. nr. 15—21. Farinac. qu. 93. nr. 1. sq. Gail II. obs. 110 nr. 24. sq. Tiraqu. de poen. temp. csa. 6. nr. 1 sq. Carpzov. qu. 146. mit ſeinem Apparat. Matth. Proleg. c. 2. nr. 14. Leyser sp. 597. med. 12., unter den Neueren beſ. Jarcke I. 173—176. vgl. Filangieri IV. c. 13. Wieder Andre dagegen fragen bei dem höchſten Grade der Trunkenheit nicht weiter, ob ſie verſchuldet ſei oder nicht, ſondern nehmen unbedingt Unzurechnungsfähigkeit an; ſ. Tittmann I. §. 87. Schröter S. 159. 160. Friedreich Hdb. S. 436. — ſ. übr. auch noch Schaffrath Allg. Thatbeſt. S. 328 f. Elvers prakt. Arb. S. 346 ff.

1) Kleinſchrod a. a. O. §. 108—111 (der aber wunderliche Unterſcheidungen nach dem Temperament macht). Henke I. 323. vgl. Theres. art. 11. §. 5. nr. 1. (ganz treffend).

2) Dieſe Anſicht wurde in Deutſchland erſt ſeit Böhmer allgemeiner. Früher wirkte ihr die durch das kanon. Recht beſ. genährte Anſicht entgegen, daß es an ſich ſelbſt ein Delikt ſei ſich zu betrinken. ſ. auch Fichte Nat.R. II. 106. Eſcher Vier Abh. S. 210. 218—223. vgl. einige ſtrengen Geſetzgebungen bei Mitterm. a. a. O. S. 9 — 12. vgl. noch beſ. Feuerbach Krit. d. Kleinſch. Entw. II. 92. 93.

3) Aus Unklarheit über das Weſen der culpa ſprechen hier einige bloß von einer Polizeiſtrafe; v. Soden Geiſt d. peinl. Geſetzgeb. I. §. 25. Quiſtorp §. 42. Kleinſchrod I. §. 109. a. E. und ſelbſt noch Marezoll S. 98. n. 3. u. Luden Hdb. I. 284. n. 6., der ſich jedoch mit Unrecht auf Mitterm. a. a. O. S. 20. beruft.

4) Aeltere begnügten ſich hier nicht einmal mit der Annahme eines doloſen Verbrechens, ſondern fügten noch einen Schärfungsgrund hinzu. Bajard. ad Clar. l. c. n. 39 - 42. Menoch. II. cas. 326. Gail II. obs. 110. n. 27. sq. Carpzov qu. 146. nr. 30. 46. Andre ſind wenigſtens für die Annahme eines vollen doloſen Verbrechens, Damhouder c. 84. nr. 16., Matth. l. c., ſelbſt Böhmer med. ad art. 179. nr. 10., ad Carpz. qu. 146. obs. 3. — um ſo auffallender, da Alle den höchſten Grad der Trunkenheit als einen Zuſtand der Bewußtloſigkeit ſchildern. ſ. auch

des gemeinen Rechts sind jedoch diese Unterscheidungen meist ganz fremd. Namentlich unterscheidet das römische Recht weder zwischen verschuldeter und unverschuldeter, noch zwischen verschiedenen Graden der Trunkenheit, es führt dieselbe nirgends als Grund der Unzurechnungsfähigkeit, sondern immer nur als Grund der Strafmilderung an [1]). Ob die allgemeinen Ausdrücke der P.G.O. Art. 150. §. 1, 179 auf die Trunkenheit mit zu beziehen seien, ist sehr zweifelhaft [2]). Dagegen erklärt allerdings das kanon. Recht den im höchsten Grade Betrunkenen hinsichtlich des begangenen Verbrechens für unzurechnungsfähig, dagegen für straffällig wegen der Trunkenheit selbst [3]), welchen lezteren Gesichtspunkt denn auch die Reichspolizeigesetzgebung aufgefaßt hat [4]). Dagegen treten nun die Gesichtspunkte des Unverschuldetseins und der Sinnen- und Verstandesverwirrung beim höchsten Grade in allen neueren Gesetzgebungen hervor [5]), wobei nur freilich mehrfach im Einzelnen die richtige Anwendung der Grundsätze von dolus und culpa zu vermissen ist [6]), wie namentlich bei dem Fall, wenn man sich absichtlich berauscht, um im Rausch ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, und dasselbe nun im höchsten Grade des Rauschs wirklich begeht [7]).

Heisler de just. poen. mitig. causis §. 27. Biermann de eo quod justum est c. ebrium §. 21. u. noch Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 80 f. Oerſted Grundreg. S. 244 f. Henke I. 323 f. Martin §. 38. Marezoll S. 98. Mittermaier a. a. O. S. 39—41. — ſ. dag. Kleinſchrod I. §. 110. Stelzer üb. d. Willen S. 312. Schnitzer S. 305. 309. Berner S. 131. — Zu weit geht Luden Hdb. I. 285. n. 8., der hier auch culpa ausgeſchloſſen haben will; ſ. auch v. Savigny bei Beſeler S. 181. not. p. cit. — A. M. iſt jetzt Berner Theilnahme S. 158. 159. ſ. dag. beſ. Goldtammer I. 408—410 u. neue ſächſ. Mot. z. Art. 83.

1) L. 11. §. 2. D. de poen. (48. 19). l. 12 D. de cust. reor. (48. 3). l. 6 §. 7 D. de R. M. (49. 16). l. un. C. si quis imper. maled. (9. 7). vgl. Niccolini quist. di diritto. I. 250 sq.

2) Dafür Wächter I. S. 118. Dag. Jarcke I. 173. Als Mild.grund erſcheint die Trunkenheit in der Satzung von d. Gottesläſt. 1495.

3) Caus. XV. qu. 1. can. 7. 9.

4) RA. 1495. §. 38. 39; — 1498. §. 47, — 1500. Tit. 29, — 1512. Tit. 4. §. 5; — R.Pol.O. 1530. Tit. 8. §. 1. 2.; — 1548. Tit. 8. §. 1—3; — 1577. Tit. 8. §. 1—4. vgl. auch franz. Ord. v. Aug. 1536. Oeſtr. GB. §. 236. 523.

5) ſ. ſchon die Theres. Art. 11. §. 5. Cod. Max. I. 1. §. 19. Preuß. LR. II. 20. §. 22. (vgl. Jarcke in Hitzigs Zeitſchr. H. 5. S. 143). Oeſtr. GB. §. 2. vgl. Jenull I. 138. 139. Bair. Art. 121. Sächſ. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 84, 9. Braunſchw. §. 30. Heſſ. Art. 37. Bad. §. 75. 76. Thüring. Art. 62. Anders der Code pén. ſ. übr. Hélie II. 233 sq. Thémis (1819) I. p. 101 sq. Rossi l. c. Sellyer traité I. 138 sq. vgl. Strafgb. f. Georgia I. Sct. 9. üb. England Mitterm. a. a. O. S. 11 ob.

6) Die Theres. und der Cod. Max. laſſen z. B. die ord. Strafe auch dann eintreten, wenn der Thäter ſich nicht abſichtlich behufs der Begehung des Verbrechens betrunken, ſondern nur „ſonſten das Vollſaufen in Uebung gehabt" hat. (ſ. ſchon Bart. ad l. 38 ad l. Jul. de adult. Matth. l. c. Carpzov qu. 146. nr. 46 und Ang. Aret. ib. cit. ꝛc.). Dagegen wurde z. B. in Sachſen die Verantwortlichkeit wegen culpa ausdrücklich verworfen. Weiß S. 292. vgl. Schüler Beitr. S. 56 f. Ebenſo bair. Entw. Art. 56. und neuer ſächſ. Art. 83. 84.

7) Hier wirkt ein alter theoretiſcher Irrthum noch immer nach. ſ. Theres. u. C. Maxim. a. a. O., preuß. LR., öſtr. GB. a. a. O., um ſo erklärlicher, da noch Feuerbach a. a. O. dieſem Irrthum Vorſchub that (nur dann nahm er bloß

3) Wie der Affekt der abſoluten Zurechnungsunfähigkeit am fernſten ſteht, ſo ſtehen ihr die Schlafzuſtände (Schlaftrunkenheit, Traum, Nachtwandeln) am nächſten [1]). Während nämlich allerdings die Vernunft ein ſtets bereites Präſervativ gegen den Affekt und in der Regel auch gegen die Trunkenheit iſt, ſo iſt ſie es nicht ebenſo gegen den Schlaf und die damit zuſammenhängenden Trübungen des Bewußtſeins, denen Fieberdelirien gleichzuſtellen ſind. Gleichwohl ſind auch dieſe Zuſtände keine abſoluten Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, wenigſtens nicht der einfache Schlaf und das Nachtwandeln. Allein auch hier darf betr. Falls, eben wie beim höchſten Grade der Trunkenheit, nie dolus, ſondern nur culpa angenommen werden [2]). Das poſitive gem. Recht iſt über dieſen Punkt ſehr dürftig. Nur das kanon. Recht ſpricht einerſeits die Unzurechnungsfähigkeit der Schlafenden, andererſeits die Möglichkeit ihrer kulpoſen Verantwortlichkeit aus [3]). Dagegen findet derſelbe in den neuen Geſetzgebungen meiſt ſeine genügende Erledigung (freilich zum Theil unter derſelben Modifikation, die Anm. 2 a. E. angef. wurde [4]). — An das in Anm. 2. u. 3. Erörterte ſchließt ſich nun der Begriff der actiones liberae in causa s. ad libertatem relatae, worunter an ſich unzurechenbare, aber mittelbar doch wieder auf Freiheit (dol. od. culpa) gegründete Handlungen verſtanden werden [5]). Das poſitive gem. Recht macht davon in Beziehung auf Zurechnungsfähigkeit nur bei Gelegenheit des

---

culpa an, wenn der Thäter im Rauſch ein anderes, als das vorher beſchloſſene Verbrechen begangen habe; ſ. auch Stübel Anh. z. Mitterm. üb. d. neuſt. Zuſtand. S. 40. Mittermaier a. a. O. S. 39—41. Hye S. 170—173. ſ. ferner Bair. GB. Art. 40. Sächſ. Art. 67. Wirt. Art. 97. (vgl. Hufn. I. 209. 210). Hannövr. Art. 84, 9. (ungeſchickt gefaßt. ſ. Leonhardt I. 367—369). Heſſ. Art. 38. (vgl. Breidenb. I. 1. S. 511—522). Bad. §. 76. Thüring. Art. 62. ſ. dag. Goldtammer a. a. O.

1) Thomasius D. de jure c. somnum et somnia. cap. V. Alberti de imputativ. somnii. Fricke de noctambulis. Kalt de noctamb. 1830. Damhouder c. 84. nr. 9—14. Farinacius qu. 98. nr. 63. Menoch. II. c. 327. Tiraquell. de poen. temp. caus. 5. Matth. Proleg. c. 2. nr. 13. Böhmer med. art. 179. §. 7. Kleinſchrod I. §. 98—100. A. Henke Lb. d. ger. Mediz. §. 278—281. Hoffbauer Pſychol. §. 152 f. Heinroth Syſt. d. pſych. ger. Mediz. §. 58. Weber pſychol. Anthropol. S. 404 ff. Schulze pſychol. Anthrop. S. 595 f. Friedreich Hdb. S. 805 f. Berner Imput. S. 144—152. Fälle: Klein Annal. VIII. 9 ff. (Meiſter Urth. und Gutachten I. 1 f.). Klien de arb. jud. in sent. crim. ferenda (1822). Demmes Annal. XX. 1 ff.

2) A. M. ſind freilich auch hier manche Aeltere und Neuere, ſ. z. B. Menoch. l. c. Covarruvias ad Clem. un. de homic. P. III. n. 6 sq. Fricke l. c. §. 16. nr. 3. Breidenbach I. 1. S. 517—519. Leonhardt I. 367. 368. (ſ. übr. das ad c.) Angef.) — vgl. dagegen Clar. §. fin. qu. 60. nr. 12. Damhouder l. c. und Bartol. ib. cit. nr. 13. 14. Matth., Böhmer l. c. Wieland Geiſt d. peinl. Geſ. §. 285—288 (?). Kleinſchrod I. §. 99. 100. Hélie II. 230—233 (ſehr gut). Henke I. 322.

3) Clem. un. de homicid. (V. 4.). c. 3 X. de his qui fil. occid. (V. 10).

4) Theres. Art. 11. §. 9. nr. 1 (ganz richtig). Indirekt Preuß. LR. II. 20. §. 22. Oeſtr. GB. §. 2. (Jenull I. 139. 140), Bair. Art. 121. Sächſ. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hann. Art. 84, 9. Braunſchw. §. 30. Bad. §. 75. 76. Thüring. Art. 62. Ausdrücklich Heſſ. Art. 37. 38. vgl. Goldtammer I. 407. j. 351 (?)

5) Gegen die Anwendung dieſes Begriffs in der Sphäre der Zurechnungsfähigkeit erklärt ſich — auf verſchrobene Weiſe — Luden Hdb. I. 280—286. ſ. dag. N. Rev. S 180—192.

Schlafs Gebrauch (andre Anwendungen ſ. u. bei Gewalt und Irrthum). Dagegen hat die Doktrin mit Recht auch hier ſchon frühe den Gedanken zu verallgemeinern geſucht, nur nicht ſtets in den richtigen Grenzen. Richtig iſt nämlich ſo viel, daß im Allgemeinen alle unter 1—3 genannten Gründe der Zurechnungsunfähigkeit dies nur in relativer Weiſe ſind, und daß mittelbar eine Verantwortlichkeit wegen dolus oder culpa ſtattfinden kann[1]). Unrichtig iſt es aber, wenn die Verantwortlichkeit wegen dolus ohne Unterſchied überall da angenommen wird, wo Jemand, um ein Verbrechen zu begehen, abſichtlich einen ſolchen Zuſtand herbeigeführt hat[2]). Vielmehr kommt es in einem ſolchen Fall weſentlich darauf an, ob der abſichtlich herbeigeführte Zuſtand wirklich bis zur Unzurechnungsfähigkeit geſtiegen iſt oder nicht. Nur im letzteren Fall iſt die That als dolos anzurechnen, nicht aber im erſteren (d. h. nie beim höchſten Grade der Trunkenheit und bei den Schlafzuſtänden), weil hier die That ſelbſt nicht als Wirkung auf die vorher gefaßte Abſicht unmittelbar bezogen werden kann[3]).

4) Schon bei einigen der bisher genannten Affektionen treten häufig Uebergänge zu wirklichen Krankheiten des Geiſtes ein, namentlich beim Affekte und bei der Trunkenheit. Beim Zorne nämlich kommt die ſog. excandescentia furibunda in Betracht, die in wahre iracundia morbosa ausarten kann[4]). Was dagegen die Fälle der ſog. Trunkfälligkeit betrifft[5]), ſo darf man die inhumanitas und die dipsomania ebriosa als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nicht gelten laſſen, da nicht nachgewieſen werden kann[6]), daß bei den betr. Subjekten das Selbſtbewußtſein und das Bewußtſein der Außenwelt fehle und ihre Thätigkeit durch Naturnothwendigkeit beſtimmt ſei. Auch die ſog. Halluzinationen[7]) heben

---

1) Dies iſt die Meinung der meiſten Aelteren. Formulirt wurde ſie (freilich nicht ganz konſequent) beſ. von Kleinſchrod I. §. 17. 64, der von Grolman, Wächter u. A. mit Unrecht der gänzlichen Ausſchließung der doloſen Verantwortlichkeit beſchuldigt wird. ſ. auch Abegg S. 144. nr. 3. Martin §. 37. Schröter S. 163. 164.

2) ſ. beſ. Feuerbach Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 80 f. Grolman §. 51. not. b. Oerſted Grundregeln S. 147 f. Wächter I. §. 74. Hefſter §. 72. Marezoll S. 98. Schulze Leitfaden d. Entw. d. Prinz. d. bürgerl. u. peinl. R. S. 363 ff. Breidenbach I. 1. S. 516—519. und die neuen Strafgeſetzgebungen, jedoch dieſe meiſt nur hinſ. der Trunkenheit, während das heſſ. GB. Art. 38 auch den Schlaf nennt.

3) Bei den Schlafzuſtänden erkennen dieß auch ſolche an, die beim höchſten Grad der Trunkenheit den dolus paſſiren laſſen. vgl. z. B. Böhmer med. ad art. 179. §. 7. (9. 10). Henke I. 322. Jenull I. 139. 140. Jarcke I. 164.

4) A. Henke Lb. §. 274. Friedreich Handb. S. 826 f.

5) Clarus Beitr. z. Erk. zweifelh. Seelenzuſt. S. 118 f. Schnitzer Zurechn. fähigkeit S. 310 f. Friedreich Hdb. S. 440 f. Ideler Ueberſ. v. Marc. II. 436 f. Berner Imput. S. 131—144.

6) Mittermaier im N. Arch. XII. 43 f. (der aber S. 46 ob. viel zu weit geht). vgl. Brühl-Cramer üb. d. Trunkſucht. Vogel Beitr. z. Lehre v. d. Zurechnungsfähigkeit S. 171. A. Henke Abh. IV. 253 f. Esquirol Ueberſ. von Hoffbauer méd. légale p. 240. Heinroth Syſt. d. pſych. ger. Med. S. 263. Friedreich Hdb. S. 780.

7) Clarus a. a. O. S. 134 f. Jarcke d. Lehre v. d. Aufhebung d. Zur. durch unfreie Gemüthszuſt. S. 81 f. vgl. Hagen d. Sinnestäuſch. in Bez. auf Pſychol. Esquirol des illus. chez les aliénés. Horn Arch. f. mediz. Erfahr. 1825. Mai. S. 30 f. Ideler a. a. O. I. 126. II. 444. 465. Schnitzer S. 321. Friedreich ger. ärztl. Prax. S. 392 f.

an ſich die Zurechnungsfähigkeit nicht auf, weil durch dieſe einzelnen irrigen Wahrnehmungen und von außen vorgeſpiegelten Bilder die Seele in ihrem Vermögen, alle übrigen Vorſtellungen in ſich aufzunehmen und wirkſam zu machen, mithin nach Maßgabe derſelben vernünftig zu urtheilen, nicht gehindert wird. Eine abſolute Beſtimmung läßt ſich jedoch hierüber nicht geben, weil es ſich hier um Vorboten oder erſte Symptome einer wirklichen Geiſteskrankheit handeln kann [1]). Von ſelbſt verſteht ſich dagegen, daß durch die vesania ebriosa und das delirium tremens die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben wird, da dieſe Zuſtände nicht mehr bloß den Uebergang zu wirklichen Geiſteskrankheiten bilden, ſondern ſolche ſchon ſelbſt ſind [2]). Aus dem eben Angef. ergiebt ſich aber, daß Uebergangszuſtände vorkommen, für welche keine abſolute Regel aufgeſtellt werden kann. Ueberhaupt liegt es in dem ſubjektiven Weſen der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit, daß ihnen die Möglichkeit der Annäherung zur Freiheit eigen iſt und daß es daher eine Reihe ſogen. zweifelhafter Seelenzuſtände giebt, welche auf der Grenze zwiſchen Freiheit und Unfreiheit zu ſtehen ſcheinen [3]). Nach §. 44 nun iſt der Geiſt ſeinem Weſen nach die Macht über ſeine Natur. Wenngleich er aber ſeiner Freiheit durch die Macht der Natur wieder beraubt werden kann, ſo iſt doch dieſe Beraubung nicht als eine Vernichtung, ſondern nur als eine Wiederherabſetzung der Wirklichkeit zur bloßen Möglichkeit zu betrachten, und ſelbſt dies iſt als eine Ausnahme anzuſehen, welche ſtreng bewieſen werden muß. Dieſer Beweis wird aber keineswegs ſchon durch das Aufzeigen phyſikaliſcher Erſcheinungen als Möglichkeiten von Seelenſtörungen, ſondern nur durch den Nachweis einer wirklich eingetretenen pſychiſchen Krankheit hergeſtellt. Gleichwohl giebt es noch immer Schriftſteller, welche in letzterer Hinſicht eine gefährliche Nachſicht zeigen, und Epilepſie, Entwicklungskrankheiten, Schwangerſchaft, Ge-

1) Mittermaier a. a. O. S. 49. Rüppell ärztl. Beitr. z. d. Ramkeſchen Proz. S. 243—248. Berner S. 140—142. Jarcke a. a. O. Fall bei Klein Annal. XVI. 185 f. Eine andere Frage iſt, ob durch dergl. Halluzinationen zwar nicht die Zur.fähigkeit, aber im einzelnen Fall (wegen fakt. Irrthums) die Zurechnung aufgehoben werden kann, welche Frage natürlich zu bejahen iſt. Zu ſchroff iſt Heffter §. 52. n. 1.

2) Clarus a. a. O. S. 139 f. Henke Abh. IV. 277 f. Vogel Beitr. S. 173 f. Heinroth Syſtem S. 263 f. Wendt d. Selbſtbew. ꝛc. S. 38 f. Schnitzer S. 325 f. Barkhauſen Betr. üb. d. Säuferwahnſinn (1828). Valentin de delir. trem. (1847). Weitere Liter. bei Kappler S. 334—338 und beſ. b. Friedreich ib. cit.

3) N. Rev. §. 81. 82. vgl. die Liter. S. 129. not. 3. f. außerdem Arnold Natur d. Wahnſinns. 1784. Hoffbauer Unterſ. über die Krankheiten der Seele. 1802. 3. Platner Unterſ. üb. einige Hauptkap. d. ger. Arznei-Wiſſ. 1820. Neumann d. Krankheit d. Vorſtell.verm. 1822. Mittermaier Disqu. de alienat. mentis ꝛc. 1825. Clarus die Zur.fähigkeit d. Mörders Woyczek. Heinroth de facin. aperto ad medic. jud. non defer. 1830. Regnault das ger. Urth. d. Aerzte über zweifelh. Zuſtände. 1830. Grohmann im N. Arch. IX. 195 f. Mittermaier eb. 1835. S. 93 f. Foderé sur les div. esp. de folie. Orfila traité de méd. lég. V. III. Blumröder üb. d. Irreſein. 1836. Möller Beitr. z. Erf. d. pſych. Krankh. 1837. Ritgen Leitf. f. d. Erk. d. Perſönl.krankh. 1837. Jakobi Hauptformen der Seelenſtör. 1844. Grieſinger Pathol. und Therapie d. pſych. Krankheit. 1845. Rossi II. c. 17. Viſini in d. öſtr. Zeitſchr. 1834. H. 1. S. 40 f. Berner Imput. S. 73—97. f. überhaupt noch Kappler S. 318—327.

bären, Kindbett, Heimweh ꝛc.[1]) ohne Weiteres als Urſachen der Unfreiheit gelten laſſen. Noch mehr vom Uebel ſind aber die noch heutigentags aus der Theorie des Strafrechts nicht gebührend ausgeſtoßenen Lehren von dem verborgenen Wahnſinn (amentia occulta)[2]), den unwiderſtehlichen Trieben und der mania sine delirio[3]). Man muß darauf beſtehen, daß ſtets abgeſehen von den vermeintlich allmächtigen Trieben beſtimmte körperliche oder pſychiſche Urſachen aufzuzeigen ſind, welche im fraglichen Falle die Aufhebung der denkenden Allgemeinheit und die Unmöglichkeit des Widerſtands gegen den Naturtrieb begründet haben[4]). Läßt ſich dieſer Beweis liefern, ſo iſt furor transitorius anzunehmen (resp. periodiſcher oder

1) Epilepſie: Platner Unterſ. S. 69 f. Göbel D. de catalepsi. 1818. Henke Abh. IV. nr. 1. Portal Beob. üb. d. Natur d. Epil., überſ. v. Hille. N. Arch. V. 341. XI. 480 f. Clarus Beitr. S. 96—110. Fall b. Feuerbach Aktenm. Darſt. I. S. 264 f.; vgl. Kappler S. 338—340. Entwicklungskrankheiten: Henke Abh. III. 189 f. Oſiander üb. d. Entw.krankh. in den Blüthenjahren d. weibl. Geſchl. Fall in Hufelands und Harles Journal 1816. II. 3. S. 75. u. die Fälle der ſog. Pyromanie b. Kappl. S. 331—334. Schwangerſchaft: Hoffbauer im N. Arch. I. 602 f. Henke Abh. III. 235 f. Jörg die Zur.fähigkeit der Schwangeren und Gebärenden. 1837. Fälle in Gönner und Schmidtlein Jahrb. II. 324 f. Friedreichs Mag. I. 41 f. — Gebären und Kindbett: Reinfelder über den Wahnſinn der Kindbetterinnen. Jackert de mania puerp. 1821. Oosterloo de man. puerp. 1822. Platner Unterſ. S. 403 f. Henke Abh. IV. nr. 3. Fälle b. Kappl. S. 357—359. Heimweh: Guerbois essai sur la nostalgie. Castelnau Consid. sur la nost. Therrin essai s. la nost. Zangerl üb. d. Heimweh. Fälle b. Klein Annal. VII. 37 ff. Hitzig Ann. VII. 54 f. Periode des Monatsfluſſes: berühmter Fall in Hitzig Zeitſchr. VI. 237 f. Nymphomanie u. Satyriaſis: A. Henke Lb. §. 286. Esquirol maladies ment. I. 332. 347. — vgl. E. Henke I. §. 51. Mittermaier im N. Arch. IV. 413—420. — ſ. dag. beſ. Feuerbach §. 90. n. 6. Jarcke I. 165—169. Wächter I. §. 69. Bauer Anmerk. I. 535. not. b. Marezoll S. 95. n. 4.).

2) Platner Unterſ. S. 15 f. Burkard de insania occ. 1831. Heinroth Syſtem ꝛc. §. 64. Weber pſych. Anthrop. S. 500 f. Clarus die Zur.fähigkeit d. Woyzeck. S. 43 f. Hudtw. und Trummer krim. Beitr. II. 447 f. Mittermaier im N. Arch. 1835. S. 99—101. ſ. übr. auch Friedreich Hdb. S. 582 f.

3) Ueber Brandſtiftungstrieb u. dgl. ſ. Henke Abh. III. 211 f. Friedreich Hdb. S. 409 f. vgl. Flemming in Horns Arch. 1830. S. 256 f. Meyn in Henke Zeitſchr. 14. Erg.heft. Vogel Beitr. S. 155—163. Fälle b. Klein Annal. Bd. 7. 12—14. 16. 20 und b. Kappl. S. 330—334. — Esquirol Note sur la monomanie homicide. Brière de Boismont Obs. sur la monom. homicide. Regnault nouv. réfl. sur la monom. homic. Hélie II. 217 sq. (hier wird auch der partielle Wahnſinn unter der Monomanie mit begriffen). Friedreich Hdb. S. 555 f. Ellinger S. 154 f. Mittermaier z. F. §. 90. a. n. 66 (verwirft die Monomanie). — Ueber man. s. delirio: Pinel Abh. üb. Geiſtesverwirrung, überſ. v. Wagner. Reil üb. d. Erkenntniß u. Kur der Fieber. S. 387 f. Conradi Comm. de mania sine delirio. Groos die Lehre v. d. mania s. del. Friedreich Hdb. S. 542 f. Chelius De alienat. volunt. Mittermaier de alien. mentis.: derſ. im N. Arch. 1835. S. 101—108. und §. 90 a. not. 68 f. vgl. Esquirol d. Geiſteskrankh. überſ. von Bernhard II. 52 f. und beſ. Henke Abh. II. 341 f. V. 233 f. Jeſſen in Horns Arch. 1831 (Nov. Dez. S. 1932 f.).

4) N. Rev. S. 160—166. (der Vorwurf von Mitterm. §. 90. a. not. 71 iſt ungerecht und oberflächlich). Berner Imput. S. 73—88. 92—97. Hélie II. 224. Feuerbach §. 90. n. 6. (was Mitterm. not. 73 aus Feuerbachs hinterlaſſenem Entw. anführt, ſpricht gerade für die ob. ausgef. Anſicht). Hefftter §. 57. n. 2. Jarcke üb. d. Zurechnung und die Aufhebung derſ. durch unfreie Zuſtände.

intermittirender Wahnſinn [1]). Die Möglichkeit eines Kauſalzuſammenhangs zwiſchen körperlichen Urſachen und Seelenſtörungen kann allerdings nicht geläugnet werden, da die Seele eben nur die immanente Einheit der körperlichen Organe iſt. Die Aufgabe, diejenigen Krankheitserſcheinungen nachzuweiſen, welche als Urſachen bleibender oder vorübergehender Geiſtesſtörungen vorkommen, und den Kauſalzuſammenhang im einzelnen Fall zu beweiſen, gehört der Medizin. Die Juſtiz aber hat das Recht, dieſen Beweis in vollkommener Evidenz zu verlangen. Daß ſolchenfalls nach allen neueren Geſetzgebungen [2]) keine Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ſei, unterliegt keinem Zweifel.

§. 53.

B) In dauernder Weiſe. Dahin gehören die Geiſteskrankheiten, deren genauere Feſtſtellung und Eintheilung noch immer von der pſychiſchen Heilkunde zu erwarten iſt [3]). Auf dem Boden der Erfahrung, wie ſie derzeit als ſicher zu betrachten iſt, läßt ſich dabei bemerken: 1) daß einzelne Formen dieſer Krankheiten Stufen haben, welche nicht die ganze Zurechnungsfähigkeit aufheben, z. B. Blödſinn [4]), 2) daß dieſelben zum Theil nur eine partielle Störung des Bewußtſeins mit ſich führen, 3) daß ſie zum Theil nur periodiſch auftreten und lichte Zwiſchenräume übrig laſſen, alſo (zu 2 und 3) nur als relative Gründe der Unzurechnungsfähigkeit erſcheinen. Gleichwohl wird die partielle und relative Zurechnungsfähigkeit, welche in dieſen Fällen übrig bleibt, nur gleich der auch bei Unmündigen vorhandenen zu behandeln, d. h. das im Allgemeinen kranke Subjekt nicht der vindikativen, ſondern der erziehenden (korrektiven) Strafgerechtigkeit zu überlaſſen ſein. N. Rev. §. 85 [5]).

---

1) ſ. beſ. Henke Abh. a. a. O. vgl. Friedreich Hdb. S. 591 ff. Breidenbach I. 1. S. 508—511.

2) Sie drücken ſich freilich oft ſehr allgemein, wenn auch unter Anführung von Beiſpielen aus, — ſo Preuß. LR. II. 20. §. 16. vgl. übr. I. 1. §. 27—29. Preuß. GB. §. 40. Braunſchw. §. 30. vgl. Oeſtr. GB. §. 2. Bair. Art. 120. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 83. Heſſ. Art. 37. Bad. §. 71. 75, und Sächſ. Art. 67. Thüring. Art. 62. Code pén. art. 64. Kurheſſ. Entw. §. 62. Bair. Art. 56. Sächſ. Art. 83. Die Annahme unwiderſtehlicher Triebe, einer amentia occ. und einer mania sine delirio iſt in den Wirtemb. Motiven abgewieſen. ſ. Hufnagel III. 129. 130; die mania s. del. wurde ausdrücklich verworfen in Heſſen. ſ. Breidenbach a. a. O. vgl. Goldtammer I. 407. (ſ. überh. 349. 350. 355. 403—406). Ueber die Frageſtellung an die Geſchworenen ſ. Carnot II. 203. Hélie II. 245 sq. Legraverend I. c. 12. §. 1. vgl. mit Mittermaier im N. Arch. 1851. S. 611—624.

3) vgl. die richtige Bemerk. bei Wächter I. §. 70. n. 32. und A. Henke ib. cit.

4) Heinroth Syſtem S. 206—214. Orfila leçons de méd. lég. II. p. 48 f. Mittermaier §. 90 a. z. F. n. 26—30. Hélie II. 211—214.

5) ſ. die Liter. S. 129. not. 3. und S. 148. not. 3., außerdem noch Ideler Grundr. d. Seelenheilkunde. Roſenkranz Pſychologie. Lindemann d. Lehre vom Menſchen II. 481 f. Reil Rhapſod. z. Anwendung pyſch. Kurmethoden. Casper Denkwürdigk. z. mediz. Statiſtik. Friedreich im N. Arch. XIV. 258 f.

1) Im gemeinen Recht finden ſich keine irgend genaueren Unterſcheidungen verſchiedener Formen der Geiſteskrankheiten [1]). Namentlich laſſen ſich die römiſchen Bezeichnungen: furiosi, dementes, mente capti [2]) nicht als techniſche Ausdrücke für beſtimmte verſchiedene Krankheitsformen anſehen [3]). Unzweifelhaft iſt jedenfalls die Unzurechnungsfähigkeit geiſteskranker Perſonen im Ganzen nach gemeinem Recht, jedenfalls ſchon nach dem Rechte des MAs [4]), wo freilich an eine tiefere und genauere Einſicht in das Weſen der Geiſteskrankheit nicht gedacht werden kann [5]). Die Auffaſſung derſelben als eines Erzeugniſſes der Sünde, welche ſich theilweiſe im kanon. Rechte findet, ſcheint jedenfalls im weltlichen Rechte nur wenig Wurzel gefaßt zu haben [6]). Die P.G.O verweiſt wiederholt auf den Rath der Rechtsverſtändigen, mittelbar alſo auf das röm. Recht. In dieſem aber ſteht die Unzurechnungsfähigkeit der Geiſteskranken feſt [7]); nur bei periodiſcher Seelenſtörung nimmt das röm. Recht völlig lichte Zwiſchenräume als möglich und betr. Falls volle Zurechnungsfähigkeit an [8]). — Das Prinzip der Unverantwortlichkeit für die fraglichen Fälle erhielt ſich denn auch in der Doktrin und Praxis [9]). Aber freilich fehlte es bis zum Ende des vor. Jahrh. ſehr an einer rationellen Durchführung deſſelben, da die Einſicht in das Weſen der Geiſteskrankheiten noch immer ſehr mangelhaft war. Man ließ ſich nach Vorgang des röm. Rechts beſonders auf den periodiſchen Wahnſinn und die Frage nach den lichten Zwiſchenräumen ein, machte aber grobe Mißgriffe. Namentlich begnügte man ſich nicht, von Stufen des Blödſinns zu reden, ſondern nahm überhaupt einen Mittelzuſtand zwiſchen insania und sanitas mentis an [10]), wozu man oft Fälle der entſchiedenſten Unzurechnungsfähigkeit zählte [11]); aber auch, wo man das nicht that, zog

---

1) P.G.O. Art. 150. 179.

2) L. 1. pr. l. 6 D. de curat. fur. (27. 10). l. 22. §. 7—10 D. sol. matrim. (24. 3). l. 8 D. de his qui sui v. alieni (1. 6). l. 8. §. 1 D. de tutor. et curator. (26. 5). l. 17. §. 11 D. de injur. (47. 10).

3) A. M. Berner Imput. S. 164. 165. ſ. beſ. Cic. qu. Tusc. III. c. 4. 5.

4) Ueber das german. Recht ſ. Wilda S. 644—648.

5) Sächſ. LR. III. 3. Schwäb. LR. c. 257.

6) ſ. Regino II. c. 95. Caus. XV. qu. 1. c. 12. vgl. Ed. Roth c. 328. ſ. aber auch Clem. un. de homic. (V. 4).

7) L. 40 D. de R. J. (50. 17) l. 12. §. 2 D. de judic. (5. 1). vgl. l. 20. §. 4. D. qui testam. fac. (28. 1). l. 2. §. 3. de j. codic. (29. 7). l. 24. §. 1 D. rat. rem. hab. (46. 8). l. 61 D. de adm. tutor. (26. 7). und in ſpez. Bez. auf Strafrecht: l. 12 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 9. §. 2 D. ad l. Pomp. (48. 9). l. 7. §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 3. §. 1 D. de injur. (47. 10). l. 5. §. 2 D. ad l. Aquil. (9. 2). l. 3. §. 11. D. ad Sct. Silan. (29. 5).

8) l. 14 D. de off. praes. (1. 18). vgl. l. 6 C. de curat. fur. (5. 70). l. 2 C. de contrah. emt. (4. 38).

9) Clarus V. §. fin. qu. 60. n. 7 sq. Farinac. qu. 93. 94. Gomez var. resol. III. 1. nr. 70 sq. Tiraqu. de poen. temp. cs. 2. 3. Gail II. obs. 110. nr. 20 sq. Menoch. praesumt. VI. 45 sq. Damhouder c. 84. nr. 6—8. Matth. prol. c. 2. nr. 5—11. Carpzov qu. 145. Böhmer ad qu. 145. obs. 1. 2. Med. ad art. 179. §. 6 (Praxis b. Carpz. n. 19—21).

10) Menoch. praesumt. VI. 45. nr. 2 sq. Carpz. qu. 145. nr. 4—8. 46—52. Heig II. qu. 38. nr. 32 sq.

11) ſ. beſ. Carpzov l. c. nr. 53 sq. u. Heig l. c. ſ. dag. Böhmer ad qu. 145. obs. 2. u. ad qu. 18. obs. 7., der ſich freilich in eigenthümliche Galanterie gegen die „melancolia uterina“ und das „malum hystericum“ verirrt. Bemerkenswerth iſt, daß hier manche rohe und feine Anſichten des Alterthums ſporadiſch fortge-

man dafür umgekehrt Zustände in die Betrachtung herein, die gar nicht hierher gehören, wie die bloße Dummheit, rusticitas [1]) ꝛc. ꝛc. Dabei machte man noch überdies nach und nach den bis heute noch nicht aus der Theorie verbannten Fehler, von Graden der Zurechnungsfähigkeit zu sprechen [2]) (ſ. u.). Was dagegen die periodiſchen Geiſtesſtörungen betrifft, ſo zeigt ſich ſchon in der älteren Doktrin die Neigung [3]), für die lichten Zwiſchenräume Unzurechnungsfähigkeit zu präſumiren. Außerdem beſchäftigte man ſich beſonders mit der nicht hierher gehörigen Frage, ob und wie ein Geiſteskranker wegen eines vor Eintritt der Krankheit begangenen Verbrechens beſtraft werden könne, — ſowie mit der Frage, ob den furiosi die prodigi gleichzuſtellen ſeien [4])?! — Mit Recht haben ſich die neuern Gbücher im Hinblick auf die Fluktuationen der mediziniſchen und pſychologiſchen Theorieen durchgängig beſtimmter Klaſſifikationen der Seelenſtörungen enthalten, ſondern ſich damit begnügt, höchſtens einige ganz unzweifelhafte Beiſpiele namhaft zu machen [5]), die nähere Beſtimmung aber der Praxis zu überlaſſen.

2) Was die im §en ausgehobenen Punkte betrifft, ſo iſt: a) direkt oder indirekt von allen neueren Geſetzgebungen anerkannt, daß wenigſtens die eine oder andre Form der Geiſteskrankheit (namentlich der Blödſinn) Stufen habe, indem ſie entweder als Prinzip für die Unzurechnungsfähigkeit den allgemeinen Satz aufſtellen, daß der Thäter der Vernunft (völlig) beraubt geweſen ſein müſſe [6]),

---

wirkt haben, wie einerſeits der Satz ſich findet, daß wegen ſehr ſchwerer Delikte auch Wahnſinnige am Leben geſtraft werden können, wie das Vieh (um die Spur des Gräuels hinwegzuſchaffen) — Gail l. c. n. 22. Rivinius de homic. a furioso comm. 1742. ſ. dag. Böhmer ad art. 179. §. 6 und Matth. c. 2. nr. 7. (Uebrigens meinte Gail hier wohl nicht den Fall eines im Wahnſinn begangenen Delikts), — andrerſeits der Satz, daß der Wahnſinn ſelbſt ein kulpoſer ſein könne. ſ. Carpzov qu. 145. n. 46. Matth. c. 2. nr. 9. Rohe Praxis b. Carpz. nr. 43—45. 51. 52.

1) Böhmer l. c. Leyser sp. 532. med. 9—11. sp. 599. med. 1. vgl. Stryck de dementia et melancol. (Diss. II. nr. 8). Uebr. iſt zu bemerken, daß Böhmer obs. 1. ad qu. 145 ſchon ſehr richtig den Geſichtspunkt der bloß korrektiven Gerechtigkeit bei nicht völlig Blödſinnigen hervorhebt.

2) Carpzov, Böhmer ꝛc. helfen ſich noch mit den Kategorieen der culpa oder des infimus doli gradus. Ueber den partiellen Wahnſinn ſtreiten ſich noch Kleinſchrod und Tittmann.

3) Menoch. praes. VI. 45. nr. 92sq. Farinac. qu. 98. n. 8. Carpz. nr. 33—38. Matth. c. 2. nr. 6 und Alciat. ib. cit. Böhmer l. c. Thomasius de praesumt. furoris et dem. Kleinſchrod I. §. 105. vgl. übr. Stryck l. c. Leyser sp. 599. m. 3. 4.

4) Clarus qu. 60. n. 7. 10. Farinac. qu. 94. n. 22. 47. ſ. dag. Matth. Prol. c. 2. nr. 11. Renazzi Elem. I. c. 7. §. 7 und C. Maxim. I. 1. §. 17. Im Uebrigen iſt hier auch noch ganze und halbe Verrücktheit unterſchieden und letztere nur von der Ordinari-ſtraf befreit. Ob beim lucid. intervallum die ordentliche Strafe eintreten ſolle, iſt nicht beſtimmt geſagt, während die Theresiana Art. 11. §. 3 bei period. Wahnſinn für „den milderen Weg" ausdr. präſumirt. vgl. auch Hélie II. 249—254.

5) ſ. §. 52. Anm. 4. a. E. vgl. die wenig getreue Klaſſifikation b. Mittermaier §. 90. a. z. F. not. 50.

6) ſ. das öſtr. GB. §. 2. (vgl. Jenull I. 134, Hye S. 166—168). Preuß. LR. II. 20. §. 16. Sächſ. GB. Art. 67. Hannövr. Art. 83. Braunſchw. §. 30. Thüring. Art. 62.

oder daneben noch ausdrücklich von völligem Blödſinn ꝛc. reden[1]). Geringere Grade von Blödſinn, Verſtandesſchwäche ꝛc. werden dann in der Regel unter den Strafmilderungs- oder doch wenigſtens unter den Strafminderungsgründen aufgeführt[2]). Es fragt ſich aber, ob nicht auch in ſolchen Fällen, wenn es ſich von Krankheit handelt, die vindikative Strafgerechtigkeit der erziehenden weichen ſollte[3])? b) Hinſichtlich des partiellen Wahnſinns[4]) ſind die Anſichten verſchieden, indem die einen den Thäter nur für den Fall als zurechnungsunfähig gelten laſſen wollen, wenn die That im Kauſalzuſammenhang mit dem krankhaften Wahne ſteht[5]), andre dagegen behaupten, daß das Subjekt hier im Ganzen als krankes und darum ohne jenen Unterſchied als unzurechnungsfähiges zu betrachten ſei[6]). Beiderlei Anſichten ſind denn auch wohl relativ richtig. Unbedingt unzurechnungsfähig wird ein ſolcher Kranker nur in jenem Fall des Kauſalzuſammenhangs ſein; aber, wenn er in andern Fällen auch an ſich als zurechnungsfähig erſcheinen ſollte, ſo verbietet doch der eigenthümliche Seelenzuſtand, ein ſolches Individuum den geiſtig Geſunden gleichzuſtellen. Auch hier rechtfertigt ſich daher für die betr. Fälle der Eintritt der bloß erziehenden Strafgerechtigkeit[7]). Die neuen Geſetzgebungen ſind hierin noch ſehr mangelhaft[8]). — c) Ebenſo verhält es ſich im Weſentlichen mit der Frage über die lichten Zwiſchenräume. Die Neueren dagegen trennen ſich auch hier in entgegengeſetzte Meinungen. Die volle Zurechnungsfähigkeit für lichte Zwiſchenräume hat ihre Ver-

---

1) Bair. GB. Art. 120. Wirt. Art. 97. Heſſ. Art. 37. Bad. §. 71. 75. Kurheſſ. Entw. §. 62. Das preuß. GB. §. 40. ſpricht zwar nur von Wahnſinn u. Blödſinn ſchlechtweg, kann aber darunter doch nur einen ſolchen verſtehen, wodurch „die freie Willensbeſtimmung ausgeſchloſſen wird.“ vgl. auch den Code pén. art. 64, der ſchlechtweg von démence ſpricht.

2) Oeſtr. GB. §. 39. Preuß. LR. §. 18. Bair. GB. Art. 93. Sächſ. Art. 64 (ſehr mangelhaft). Wirt. Art. 98. Hannövr. 94. Braunſchw. §. 60. Heſſ. Art. 114. Bad. §. 153. Thüring. Art. 59. Bair. Entw. Art. 83.

3) N. Rev. S. 175. 675.

4) ſ. Zachias quaest. med. leg. II. 1. qu. 12—22. Hoffbauer Pſychol. S. 125 f. Weber pſych. Anthrop. S. 501 f. Heinroth Lb. d. Seelenſtör. I. 157. Syſtem S. 204. Friedreich Hdb. S. 556 f. Ellinger S. 128 f.

5) Klein Grundſ. §. 133. Kleinſchrod I. §. 104. (der aber im andern Fall bloß halbe od. höchſtens 2/3 Zurechnung annimmt). Schröter S. 162. Jenull I. 136. 137. Bloß Wahrſcheinlichkeit des Kauſalzuſ.hangs verlangt Mittermaier §. 90. a. z. F. vgl. denſ. im N. Arch. 1835. S. 95—98, wo auch die andre Anſicht Recht erhält. Hélie II. 221.

6) Heinroth a. a. O. Wächter I. 114. Heffter §. 52. not. 4. Jarcke I. 162. n. 14. Bauer Anmerk. I. 537. vgl. auch ſchon Tittmann §. 85. Böhmer med. ad art. 179. §. 6. (noch ohne ſcharfe Begriffe). Henke Hdb. I. 317. (wo die amentia occulta hereingemiſcht wird). Gans krit. Bel. d. Hann. Entw. I. 218.

7) N. Rev. a. a. O. Berner S. 161.

8) Als Grund der abſoluten Unzurechnungsfähigkeit wird der beſondere Wahnſinn neben dem allgemeinen im Wirt. u. Hannövr. GB. aufgeführt, — was zuweit geht, — als Strafmilderungsgrund im Thüring. GB. Art. 59. Ausgeſchloſſen erſcheint dagegen dieſe ſtrafmildernde Eigenſchaft nach der Faſſung des Oeſtr., Bair., Braunſchw. GBs, indirekt anerkannt im heſſ. u. bad. GB. (Art. 114., §. 153). Unbeſtimmt bleibt die Frage nach dem ſächſ. und preuß. GB.

theidiger[1]). Dagegen wird von Andern die Möglichkeit wirklicher, die Unzurechnungsfähigkeit wiederaufhebender, lichter Zwischenräume entweder geradezu geläugnet oder doch für die äußerste Seltenheit erklärt[2]). Dazwischen bewegen sich verschiedene Mittelmeinungen[3]). Die neuern Gesetzgebungen sprechen meist die Zurechnungsfähigkeit für die fraglichen Fälle aus[4]), lassen aber in der Regel die Aushilfe der Strafmilderung offen[5]). Letzteres kann aber in keinem Falle genügen. Nach den bisher festgestellten Erfahrungen wird man die (seltene) Möglichkeit wirklicher Intermissionen der Krankheit nicht ganz in Abrede stellen können, wohl aber den Fall der bloßen Remission für den gewöhnlichen halten und auch im ersteren den bloß erziehenden Strafzwang fordern müssen[6]).

§. 54.

Daraus, daß die ganze Frage über die Zurechnungsfähigkeit sich auf die Frage reduzirt, ob das Wissen und Wollen des Individuums unter dem Banne einer Naturnothwendigkeit gestanden habe oder nicht, — ergiebt sich, daß nur entweder von Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit, nicht aber von Graden der ersteren die Rede sein kann. Wenn gleich nämlich Zustände relativer Unfreiheit vorkommen, so kann doch eine bestimmte Handlung immer nur entweder frei oder unfrei gewesen sein, und jene Relativität erzeugt nur eine Schwierigkeit des Beweises. N. Rev. §. 82. (S. 158. 159).

Früher sprach man nicht etwa bloß von Graden der Zurechnungsfähigkeit oder Freiheit[7]), sondern von Graden der Zurechnung überhaupt[8]), was aber einfach eine Verwechslung mit den Graden der Strafbarkeit einer zurechenbaren Handlung war. Wenn dagegen auch jetzt noch so häufig Aerzte und Juristen[9])

---

1) Grolman §. 54. not. e. Schröter S. 162. Wächter I. S. 114. Heffter §. 52. n. 5. Heinroth Syst. S. 188. Jarcke I. 162.

2) Thomasius de praesumt. furor. ꝛc. §. 7. 13. 31. Friedreich im N. Arch. XIV. 258 f. (vgl. Hdb. der ger.ärztl. Prax. S. 468 f.). Hélie II. 215—217. Schnitzer S. 244 f. Ellinger S. 167 f.

3) Kleinschrod I. §. 305. Henke Hdb. I. 317. Bauer Anmerk. II. 227. 228. Breidenbach I, 1. S. 503. 504. Jenull I. 137. — Böhmer ad art. 179. §. 6. Wieland Geist d. peinl. Ges. I. §. 280. Mittermaier §. 90. a. z. F. n. 63. 64. Tittmann §. 86.

4) Direkt geschieht dies im Oestr. GB. §. 2. Bair. Art. 120. Braunschw. §. 30. Code pén. art. 64. s. aber dennoch Jenull und Hélie l. c. (bes. gegen Carnot. I. 202). Indirekt im Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hess. Art. 37. (s. aber Breidenb. I. 1. S. 504). Bad. §. 71. Thüring. Art. 62. (vgl. Art. 59). Unbestimmt ist Goldtammer I. 407. 408.

5) Bestimmt sagt dies für dolose Verbrechen in lichten Zwischenräumen das hannövr. GB. Art. 83. vgl. Leonhardt I. 359.

6) N. Rev. a. a. O. s. auch schon Jenull a. a. O.

7) Kleinschrod I. §. 53. Schröter §. 99. 100. s. dag. schon v. Almendingen Imputat. S. 177. Oersted Prüfung d. bair. Entw. S. 222 f.

8) s. bes. Kleinschrod §. 43 f. und im N. Arch. I. 31 ff. Tittmann §. 90. 91. Stübel Syst. d. peinl. R. II. §. 360.

9) s. bes. Mittermaier not. 6. zu F. §. 94. Gönner Mot. z. bair. Entw. S. 172 f. vgl. Stahl Rechtsphilos. II. 76. und selbst Abegg §. 89. Anm. i. A. s. dag. Jarcke I. 125. 130. Berner Imput. S. 36. 37.

von Graden der Zurechnungsfähigkeit und verminderter Zurechnungsfähigkeit sprechen, so hat dies nur in der Rathlosigkeit seinen Grund, worin man sich oft hinsichtlich der Herstellung des Beweises der Freiheit oder der Unfreiheit befindet. Allein jenes juste milieu taugt nichts, da Freiheit und Naturnothwendigkeit sich gegenseitig als Prinzip des Handelns ausschließen. In der Regel ist das, was man als Grund verminderter Zurechnungsfähigkeit geltend macht, nichts anderes, als ein geringerer Schuldgrad [1]) oder ein Strafmilderungsgrund [2]). Es giebt aber auch wirklich zweifelhafte Seelenzustände, namentlich Uebergänge zu Geisteskrankheiten, Intermissionen solcher ꝛc., bei welchen man sich zwar noch Freiheit anzunehmen getraut, zugleich aber es für Unrecht hält, den Thäter einem Geistiggesunden gleichzustellen. Für diese Fälle hilft man sich (s. die vor. §§en) gewöhnlich gleichfalls mit Strafmilderungs- od. Minderungsgründen. Allein richtiger ist es, alle solche Uebergangszustände der korrektiven Strafgerechtigkeit zu überweisen, wozu es freilich noch gar sehr an den nöthigen Anstalten gebricht [3]).

§. 55.

Dem Begriffe und der Würde der menschlichen Natur gemäß ist Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen. Allein dieser moralische Grundsatz darf nicht zu einer rechtlichen Präsumtion erhoben werden, weil der Strafprozeß vermöge des Grundsatzes der materiellen Wahrheit und der Nichtanerkennung von Parthieen im Sinne des Civilprozesses weder von Präsumtionen, noch von einer infolge solcher zu vertheilenden Beweislast etwas wissen kann. N. Rev. S. 144. 145. 330. 331.

Aus dem im §. angegebenen Grunde hat die Doktrin seit der Glosse nicht daran gezweifelt, daß Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen sei [4]), und erst im 19. Jahrh. hat es der Materialismus und eine fade Weichherzigkeit zur Aufstellung des entgegengesetzten Grundsatzes gebracht. Wenn aber die Doktrin aus jener Regel eine wahre Präsumtion machte, so war dies falsch und beruhte auf unrichtigen Vorstellungen über den Beweis im Strafverfahren [5]). Eine eigenthümliche Wendung erhielt diese Präsumtion bei Feuerbach, seit er sie an die Stelle der aufgegebenen praesumtio doli setzte, indem er der Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit die konkretere Präsumtion der Verschuldung unterschob [6]).

---

1) z. B. der Affekt.

2) z. B. die Trunkenheit, Verstandesschwäche, Minderjährigkeit.

3) vgl. Hélie II. 260. Fall in den N. sächs. Jahrb. VII. 200 ff.

4) s. Gomez Var. resol. III. 1. n. 71. Farin. qu. 94. n. 48. Mascard. de probat. II. concl. 824. n. 5. Menoch. de praesumt. I. 18. n. 7. VI. 25. Carpzov qu. 145. n. 27—29. Matth. Proleg. c. 2. nr. 6. — vgl. Grolman §. 55. u. in d. Bibl. f. peinl. RW. I. 2. S. 70 f. Feuerbach §. 86. 87. Wirt. Motive vgl. mit Hufnagel III. 645. Oersted Grundregeln §. 45. Abegg S. 126. u. im N. Arch. XIV. 566 f. bes. neue sächs. Mot. z. Art. 83.

5) s. Kleinschrod I. §. 106. Roßhirt Entw. S. 212 f. — Umgekehrt präsumirte man denn auch für die Fortdauer einmal eingetretener Geisteskrankheit. Carpzov l. c. n. 34. 35. und sein Apparat. Matth. l. c. ꝛc. ꝛc.

6) s. dag. N. Rev. S. 330. 331. Mittermaier Lehre v. Beweise. S. 145 f. und Note 1 z. F. §. 87. (vgl. die verfehlte Kritik bei Morstadt). — Berner Imput.

Ueber den Beweis der Zurechnungsfähigkeit oder Unfähigkeit ſ. den Strafprozeß [1]).

Dritter Abſchnitt.

Die Wirklichkeit der Handlung.

§. 56.

Der Begriff der Handlung iſt hiernach: der verwirklichte (freie) Wille eines (zurechnungsfähigen) Subjekts zu ſein. Somit erſcheint 1) als bewegendes Prinzip der Handlung der Wille, der ſich ebendeshalb das Recht zuſchreibt, Veränderungen in der Außenwelt als ſeine Erzeugniſſe nur inſoweit gelten zu laſſen, als ſie von ihm geſetzt ſind. Dieſes Recht findet aber 2) ſeine Schranke an der Nothwendigkeit der äußerlichen Wirklichkeit der Handlung, der That, welche ſich als das Maß für die Verantwortlichkeit des Willens geltend macht, ebendaher aber den Willen als das übergreifende Prinzip anerkennen muß. 3) Als ſchöpferiſcher Erzeuger einer Handlung erſcheint daher immer ein Subjekt [2]), das dieſelbe als die ſeinige anſprechen darf und verantworten muß. Bei der ſekundären Natur der eine unbeſtimmbare Vielheit von Momenten zulaſſenden äußeren Seiten der Handlung iſt es aber möglich, daß an einer und derſelben Handlung Mehrere theilnehmen und je nach dem Maß ihrer Theilnahme auf verſchiedene Weiſe verantwortlich werden können, wenn ſie auch nicht ſelbſt als Schöpfer des Ganzen erſcheinen [3]).

§. 57.

Nach allen dieſen Momenten beſtimmt ſich nun die Schuld, d. h. das Maß der Verantwortlichkeit eines Zurechnungsfähigen für die durch ſeine freie Kauſalität hervorgebrachten Veränderungen in der Außenwelt. Das Urtheil darüber, ob und in wie weit nach den gedachten Beziehungen in einer ſolchen Veränderung eine ſchuldvolle (freie) Handlung vorliege, heißt die Zurechnung. Hieraus ergiebt ſich, daß die Unterſcheidung zwiſchen imputatio facti und juris eine werthloſe iſt, und daß die Begriffe der Zurechnung und der Handlung ſich decken. N. Rev. §. 72.

S. 36. Schaffrath Allg. Thatbeſtand. S. 259. 273. Heffter §. 49. Breidenbach I. 2. S. 52 f. Hepp Verſuche nr. 6. Bauer §. 127. not. c.

1) N. Rev. S. 333. vgl. Sitzungsber. der Bair. Strafger. II. 202—210.

2) resp. mehrere Subjekte, wo die Handlung ihrer Natur nach dies vorausſetzt, wie beim Duell, Ehebruch u. dgl.

3) Zu weit wurde der Begriff der Handlung in der N. Rev. §. 71—75 genommen, nicht aber zu eng, wie Berner Theilnahme. S. 23 meint.

1) Der einfache Begriff von Zurechnung und Zurechenbarkeit einer Handlung, — im Unterſchiede von der Zurechnungsfähigkeit eines Subjekts oder gar von der Strafbarkeit (resp. Strafloſigkeit) einer zurechenbaren Handlung — ſollte endlich in der Wiſſenſchaft geſichert erſcheinen[1]), während dieſe Begriffe häufig bei den Aelteren und nicht ſelten noch bei Neueren[2]), wie nicht minder in neueren Geſetzgebungen[3]), mannigfach verworren durcheinanderlaufen.

2) Daß die ſog. imputatio facti für die Wiſſenſchaft des Strafrechts keine Bedeutung habe, iſt jetzt wohl allgemein anerkannt[4]). Eben damit hängt aber der andre Satz untrennbar zuſammen, daß „die Zurechnung nicht etwas äußerlich neben die Handlung Hinzukommendes, ſondern in ihr enthalten" iſt, daß beide Begriffe ſich decken[5]).

3) Daß bei der Zurechnung die drei im §. 56 angef. Momente die weſentlichen ſind, iſt im poſitiven Recht durchaus anerkannt[6]), wovon auch (ſ. §. 48 Anm. 2) das altdeutſche Recht keine Ausnahme machte. Die Römer bezeichneten die Schuld durch culpa, fraus, noxa, noxia, crimen[7]). Die P.G.O. hat keinen eigenen Ausdruck dafür. Die deutſchen Kriminaliſten brauchen in der Regel dafür das in dieſer Bedeutung nicht klaſſiſche[8]) Wort reatus, neuſtens dagegen die Bezeichnung Schuld oder Verſchuldung.

---

1) ſ. jetzt auch Mittermaier n. 2. z. F. §. 84. vgl. beſ. Jarcke I. 130. 131. Heffter §. 46 ff. Abegg §. 79 f.

2) vgl. die zu §. 48. Anm. 1. angef. Literatur, namentlich ſelbſt noch Kleinſchrod, Schröter, Tittmann, zum Theil Feuerbach ꝛc. ꝛc. ſ. aber N. Rev. S. 155. Berner Imput. S. 49—52. Gegen die neuerdings ausgef. verworrenen Anſichten von Luden (dem Morſtadt „applaudirt"), ſ. N. Rev. S. 132—139.

3) Sächſ. GB. Art. 66—69. Wirt. Art. 95—106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Braunſchw. §. 34. Heſſ. Art. 39. Bad. §. 81.

4) Ehmals pflegte man imp. physica u. moralis (civ. u. criminalis) zu unterſcheiden, aber in verworrener Weiſe, da man zur imp. facti ſchon die freie Kauſalität rechnete. ſ. Püttmann Elem. §. 38. v. Almendingen Imput. S. 29 f. Tittmann §. 82 ff. Stübel Thatbeſtand §. 19 f. (vgl. Syſt. II. §. 363—365). ſ. dag. Kleinſchrod im N. Arch. I. 2. Grolman §. 40. u. a. Martin §. 31. Feuerbach Rev. I. 151—158. Bauer Abh. I. 250. Abegg S. 124. N. Rev. S. 138. 139.

5) Abegg a. a. O. Nur hat Abegg trotz des richtigen Anlaufs im §. 78. (vgl. Grolman, Martin, Henke) beide Begriffe zu eng gefaßt. Es iſt aber überhaupt in dieſer Beziehung der richtige Weg erſt in neuſter Zeit eingeſchlagen worden. N. Rev. S. 152. 153. Heffter §. 58 ff.

6) ſ. die Belege zu den ffen §§en. vgl. beſ. l. 53. §. 2. l. 225 D. de V. S. (50. 16). l. 54. §. 4 D. de furt. (47. 2). l. 3. §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 11. §. 6 D. de inj. (47. 10). l. 9. §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). P.G.O. Art. 146. 177. 178.

7) L. 5. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). l. 2. C. Th. de cust. reor. (9. 3). l. 9. §. 3 D. de minor. (4. 4). l. 91. §. 3 D. de V. O. (45. 1). l. 6. pr. §. 6. C. de modo mulct. (1. 54). l. 11. §. 1 C. de repud. (5. 17). l. 1. C. ad leg. Corn. de sic. (9. 16). l. 22. C. de poen. (9. 47). l. 1 C. si adv. del. (2. 35). l. 131 D. de V. S. (50. 16). v. Löhr Theor. d. Culpa S. 1—9. Haſſe die Culpa d. röm. R. S. 65. Birnbaum im N. Arch. IX. 377 f.

8) L. 25 D. de poen. (48. 19). l. 3. §. 1. 8 D. de bon. eorum (48. 21). l. 1. C. Th. de accus. (9. 1). — Ueber das franz. Recht ſ. Hélie II. 205 sq. Rauter traité I. 139 sq.

I. Der Wille.

§. 58.

Dem Begriffe der Handlung gemäß erscheint der Wille als das bewegende Prinzip derselben (§. 56). Handlung ist eben nur eine solche in der Außenwelt gesetzte Veränderung, welche die Freiheit als ihr Produkt anerkennen darf oder muß. Daher ist es das Recht des Willens, von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objektiven Bestimmtheit mit seiner subjektiven erkennt. Indem er nämlich den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äußere Dasein übersetzt, tritt er in den vom Kausalitätsgesetze beherrschten Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein, und ruft eine relativ außer ihm und seinem Wissen liegende Macht gegen sich hervor, für deren Wirkungen einzustehen er sich nicht zumuthen lassen will. N. Rev. §. 73. 74. 78.

A) Vorsatz und Zufall.

§. 59.

Die jenem Rechte (wie der entsprechenden Verbindlichkeit) des Willens schlechthin angemessene Handlung ist nun die vorsätzliche, d. h. die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäß wirklich gewordene. Diese Handlungsweise ist die normale Art der Bethätigung des Willens, dessen Momente hier sämmtlich zu ihrem Rechte kommen, — die Allgemeinheit in der Berathung, die Besonderheit im Beschlusse, die Einzelheit im Entschlusse [1]). Hat hier das Subjekt in der seiner Handlung vorhergehenden Ueberlegung die Bedingungen, Momente und Folgen derselben erwogen, und spiegelt sofort die That gerade jenes vorgesetzte Bild der Handlung ab, so kann es die unbedingte Verantwortlichkeit für seine Handlung nicht von sich ablehnen. (Propositum, praemeditatio, vorbedachter dolus) [2]).

---

1) Dies ist bei Berner Imput. S. 180 richtig ausgeführt; vgl. Theilnahme S. 101—106 und Hegel und Michelet ib. citt. Wie er aber hiernach zu einer so dürren Definition des Vorsatzes sich bequemen kann, wie Theilnahme S. 66—68. 99. geschieht, ist unbegreiflich. Dieselbe ist ebenso willkührlich als unnatürlich, und die Polemik von diesem Standpunkt aus gegen andre Ansichten über das Wesen des Vorsatzes (eb. S. 117 u. sonst) unberechtigt und gehaltlos.

2) Dies, wie das Folgende, gilt von guten Handlungen ebenso wie von bösen, nur daß im ersten Fall der Handelnde sich mit Beeiferung zusprechen wird, was er im letzteren nur nicht ablehnen kann.

§. 60.

Den direkten Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Zufällige als ein mit dem Wissen und Wollen im Gegensatze stehendes Geschehen, sei nun dieses ein einfaches in sich oder trete bloß als Folge einer wirklichen Handlung auf. In beiden Fällen urtheilt das Subjekt, daß es selbst nicht Prinzip des vorliegenden Faktums sein könne, daß vielmehr dieses Prinzip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der äußeren Objektivität gelegen haben müsse. N. Rev. §. 96 [1]).

§. 61.

1) Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjekte nicht zugerechnet werden, wenn er eine demselben schlechthin äußere, fremde Ursache hat, zu welcher sich der Mensch auf keine Weise als sich selbstbestimmendes Subjekt, sondern nur als unselbständiges Mittel verhält. Dies ist der Fall, wenn eine äußere absolute Gewalt (Zwang), gehe sie von der Natur oder von einem Menschen aus, die Leiblichkeit des Menschen bezwingend, ihn mittelst mechanischer oder organischer Kräfte als bloßes Naturobjekt wirken läßt. Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Mensch es sich nicht zur Schuld zurechnen muß, der Einwirkung einer solchen Gewalt sich ausgesetzt zu haben. N. Rev. §. 88 u. Anm. z. §. 96.

1) Ueber das Wegfallen der Zurechnung bei vis absoluta ist man allgemein einverstanden, wenn auch nicht immer aus richtig formulirtem Grunde [2]); ebenso darüber, daß betr. Falls eine actio libera in causa vorliegen kann. Beides ist auch in den Quellen des gem. deutschen Rechts mit vollkommener Deutlichkeit ausgesprochen [3]).

2) Die neuere Doktrin und mit ihr die neuere Gesetzgebung geht jedoch vielfach über die richtige Grenze weit hinaus, indem sie der vis absoluta (Zwang) auch die vis compulsiva, welche durch Drohungen ausgeübt wird, gleichstellt. Als philosophische Konsequenz erscheint dieser Satz bei Feuerbach und allen, welche sich seiner Abschreckungstheorie nähern [4]). Er wird aber auch von solchen aufgestellt, die sich als Gegner Feuerbachs sehen lassen wollen, und dann meist die vage Wendung gebrauchen [5]), daß der Staat von seinen Bür-

---

1) vgl. Michelet Moral S. 51—54. Berner Imput. S. 53—66.

2) Luden Abh. II. 89. Hdb. I. 338 n. 3. Was hier not. 4. gegen die N. Rev. bemerkt wird, beruht auf Mißverständniß.

3) L. 11. pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 7. §. 2. l. 8. §. 1 D. eod. Caus. XI. qu. 3. c. 102. Caus. XV. qu. 1. c. 6. — c. 41 de R. J. in 6° (5. 12). P.G.O. Art. 146. u. sämmtl. neuen Gbücher. Zwang durch einen Menschen ist wohl von Drohung zu unterscheiden. Fall b. Werner S. 574.

4) Feuerbach §. 91. Kleinschrod I. §. 156—158. Filangieri IV. p. 253 sq. Cremani I, 1. c. 4. §. 3. 4. Tittmann §. 88. Jenull I. 146. 147. Bauer Abh. I. 258. s. übr. auch Clar. §. fin. qu. 60. n. 17. Menoch. arb. qu. cas. 354. u. A. dag. Bald. u. Covarruv. b. Baj. ad Clar. l. c.

5) Thibaut Kritik ꝛc. S. 43 f. Roßhirt Lb. §. 25. 26. Martin §. 40. a. E.

gern im Durchſchnitt keinen „beſondern Heroismus verlangen dürfe“. Dagegen haben Andre[1]) richtig eingeſehen, daß der Kant-Feuerbachiſche Satz mit der Abſchreckungstheorie ſtehe und falle, daß er alſo, um mit der Begründung des Strafrechts auf die Freiheit vereinigt werden zu können, mindeſtens auf andre Weiſe begründet werden müſſe. An ſolchen Begründungen hat man es denn auch nicht fehlen laſſen; namentlich hat hier der gewöhnlich ſo vag verzettelte Begriff des Nothſtandes (ſ. §. 37) aushelfen müſſen[2]). Beiderlei Irrthümer der Doktrin haben ſich denn auch in der neuen Geſetzgebung, — überdies oft mit ſeltſamen Inkonſequenzen — abgelagert[3]). In der That ſind aber beide Begründungen falſch. Die Feuerbachiſche läugnet die allein wahre Grundlage alles Strafrechts, die Freiheit. Dieſe iſt das abſolut Unzwingbare. Wo ſie gezwungen erſcheint, hat ſie eben nur ſich ſelbſt zwingen laſſen[4]). Grade hat ſie auch nicht ſ. §. 54. Wer daher die Möglichkeit der Aufhebung der Zurechnung auf dieſem Wege behauptet, der zieht dem Strafrecht allen rationellen Grund und Boden unter den Füßen weg. Auch hebt jene Anſicht in ihrer Ausführung ſich ſelber auf. Sie weiß das Werthverhältniß zwiſchen den beiden Uebeln, wovon es ſich handelt, durchaus nicht mit Sicherheit zu beſtimmen, und, wo ſie auch die Grenze ſetzen mag, muß ſie doch ſtets eine weitere Reihe von Fällen anerkennen, in welchen nur eine „verminderte Zurechnung“ Platz greifen ſoll[5]). Damit kommt man denn auch im Weſentlichen auf das Richtige; d. h. wo die Drohung Bewußtloſigkeit bewirkt, resp. in vis absoluta übergeht, hebt ſie allerdings die Zurechnung auf, weil der Bedrohte hier unzurechnungsfähig resp. Maſchine wird; wo nicht, ſo kommt ihr nur der Werth eines Strafmilderungsgrunds zu. Noch viel gefährlicher aber iſt praktiſch die Zurückführung der angeblichen Zurechnungsloſigkeit der durch pſychologiſchen Zwang veranlaßten Handlungen auf den elaſtiſchen Begriff des Nothſtands.[6]).

Henke I. 335 — 338. Schröter §. 106. Jarcke I. 181 — 183. Abegg S. 145. (vgl. Unterſuch. S. 89—121. 340—359). Marezoll S. 99. Zachariä N. Arch. 1850. S. 278. 279. 286.

1) ſ. v. Almendingen Imputat. S. 89 f. Berner Imput. S. 49.

2) Grolman §. 41. not. a. Wächter I. §. 68. Heffter §. 40. Luden Hdb. I. 337. n. 2. Mittermaier not. 1. z. F. §. 91. Vaillant de lib. volunt. p. 130 sq. 146 sq. Carmigniani delle leggi II. 230 sq. Hélie II. 261 sq. Breidenbach I. 1. S. 526 f. Baumeiſter Bemerk. H. 1. S. 93—200. u. S. 90. Hye S. 196. 197.

3) Luden Hdb. I. 306. n. 5. beſ. Wirt. GB. Art. 101. 106. Heſſ. Art. 39. 45. Braunſchw. §. 33. 34. 73. Sächſ. Art. 69. 72. Bad. §. 81. 82. vgl. Hannövr. Art. 84. nr. 7. 8. Bair. Art. 121. Preuß. LR. II. 20. §. 19—21. GB. §. 40. Breidenbach I. 1. S. 529 ff. Leonhardt I. 362—366. Goldtammer I. 370—375. 411—414. Oeſtr. §. 2. Hye a. a. O. Thüring. Art. 64. 65. Sächſ. Entw. Art. 88. 89. Bair. Entw. Art. 62. f. §. 37. Anm. 2.

4) Coactus voluit. Lediglich auf Civilrecht beziehen ſich l. 7. §. 1 D. quod. met. (4. 2). l. 4. C. de his quae vi (2. 20). l. 13. C. de transact. (2. 4). ſ. dag. c. 5. X. de his quae vi (1. 40).

5) Namentlich nicht dolus, ſondern bloß culpa. Kleinſchrod I. §. 157. und Renazzi ib. cit.

6) Der beſte Beweis hiefür liegt in den zu §. 37 angef. Inkonſequenzen und Verlegenheiten der neueren Doktrin und Geſetzgebung.

§. 62.

2) Ebenſo fällt die Möglichkeit der Zurechnung weg, wenn zwar die That den Willen ausdrückt, aber ihre Vermittlung mit dem Wiſſen fehlte. Das Prinzip der Handlung liegt hier zwar im Subjekte ſelbſt, aber nur formell, nämlich nur in ſeinem Wiſſen, das gegen ſeinen Willen im Gegenſatze ſteht, — d. h. in einem Irrthum. Dieſer Irrthum muß jedoch, wie die Gewalt in §. 61, unvermeidlich geweſen ſein, da ſonſt wiederum eine actio libera in causa vorliegt. Als ein unvermeidlicher Irrthum aber erſcheint nur ein Irrthum in Thatumſtänden, weil nur ein ſolcher ſeine Urſache in der dem Subjekte urſprünglich fremden Außenwelt haben kann, deren empiriſche Kenntniß allerdings nicht mit dem Weſen des Geiſtes identiſch und eben darum zufällig iſt. Auch fällt die Zurechenbarkeit nur inſoweit weg, als eben die Handlung durch die irrige Vorausſetzung bedingt war. N. Rev. §. 89 [1]).

1) Aeltere Kriminaliſten waren ſich nicht einmal darüber klar, unter welchen Vorausſetzungen durch Unwiſſenheit in den Thatumſtänden die Möglichkeit der Zurechnung ganz hinwegfallen müſſe, da ſie dieſelbe bald als Strafaufhebungs-, bald als bloßen Strafmilderungsgrund aufführen [2]). Neuere dagegen, welche mit Recht den Grund des Wegfallens der Zurechnung in der Unüberwindlichkeit der Unwiſſenheit oder des Irrthums erkennen [3]), unterlaſſen die gerade von hieraus ſo naheliegende gehörige Sonderung des Irrthums in Thatumſtänden von der Rechtsunwiſſenheit und dem Rechtsirrthum [4]) (ſ. darüber unten). Allerdings giebt es Fälle, in welchen die Grenzen beider Begriffe ſich berühren oder doch zu berühren ſcheinen [5]). Andererſeits haben ſchon ältere Kriminaliſten [6]) (wenn nicht bei der ignorantia facti insbeſondere, ſo doch beim casus überhaupt) darauf aufmerkſam gemacht, daß es ein weſentlicher Unterſchied ſei, ob der Thäter in re licita oder illicita verſire. Nur freilich iſt hier ſo wenig als in der ganzen Schuldlehre bei jenen älteren Juriſten eine prinzipielle Behandlung zu ſuchen.

---

1) Wirth Ethik I. 131.

2) ſ. zwar Damhouder c. 54. nr. 27. c. 94. nr. 8. vgl. aber Boër. dec. 264. nr. 13. Menoch. arb. quaest. II. 6. c. 502. nr. 83. Farinac. qu. 147. nr. 161 sq. Carpzov qu. 67. nr. 30. 31. qu. 72. nr. 47. — qu. 73. nr. 95. 96.

3) A. M. Luden Abh. II. 299—331. Hdb. I. 262. not. 7. S. 290. not. 6, der aber S. 291 eine nichtsſagende ſubtile Diſtinktion macht. N. Rev. S. 275. 276.

4) Den richtigen Weg giengen hier ſchon Kress ad art. 177. reg. I. §. 2. Böhmer Med. ad art. 179. §. 12. vgl. Tittmann §. 85. Martin §. 40. Grolman §. 51. a. Feuerbach §. 57. Werner §. 328. Wächter I. §. 73. Jarcke I. 143. 144. Hefftter §. 56. Luden I. 286—291. vgl. dag. Schröter S. 144. Kleinſchrod I. §. 135 f. Abegg S. 145. Marezoll S. 100. 101. Bauer §. 128.

5) Roßhirt Entw. S. 209. vgl. Jenull I. 149. 150. Henke I. 330. Wächter I. S. 121. mit Luden I. 289. not. 4.

6) ſ. ſchon Bartolus Comm. ad l. 11. §. 2 D. de poen. nr. 7, u. nach ihm ſämmtliche italien. Juriſten. vgl. Damhouder c. 84. nr. 22—26. Kress, Böhmer l. c.

Abgeſehen nämlich von den abenteuerlichen Folgerungen, wozu ſie das versari in re illicita auszubeuten pflegen [1]), flechten ſie auch hier von einem willkührlich genommenen ſekundären Geſichtspunkte aus Begriffe und Fälle auf's Bunteſte durcheinander. Mit Recht hat nun aber die neuere Wiſſenſchaft hier mehr und mehr aufzuräumen und zu ſondern geſtrebt [2]). Wenngleich nämlich alle Fälle des Irrthums letztlich nach Einem höchſten Prinzipe zu entſcheiden ſind [3]), ſo müſſen doch in einer ſyſtematiſchen Darſtellung die Fälle wohl auseinandergehalten werden [4]) Es treffen nämlich unter dem Begriff des Irrthums, ganz abgeſehen von dem durchaus nicht hierhergehörigen Rechtsirrthume, ſehr verſchiedene Fragen zuſammen, nämlich außer dem hier zu Erörternden — die Fragen über Verbrechen an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln, über die Verwechslung des einen tauglichen Objekts mit einem anderen dergleichen, über ein gemeines Verbrechen, womit der Thäter irrig ein qualifizirtes zu begehen meint, über die ſog. Aberrationen ꝛc. ꝛc. Alle dieſe Fragen ſetzen nun Erörterungen voraus, die erſt ſpäter folgen können [5]). Dagegen fragt es ſich hier vorerſt nur darum: ob und inwieweit der Irrthum in Thatumſtänden die Möglichkeit der Zurechnung überhaupt aufheben, eine vermeintliche Handlung zur bloßen That herabſetzen könne. Hiebei iſt nun zum §. nur noch zu bemerken, daß für alle verbrecheriſchen Handlungen, die bloß mit Abſicht begangen werden können, auch bei verſchuldetem Irrthum in Thatumſtänden die Zurechnung hinwegfällt [6]).

2) Die hier feſtgeſtellten Sätze ſind auch im poſitiven Rechte durchaus anerkannt [7]), wobei nur die zur Lehre von der culpa gehörige Frage beſtritten iſt, ob die Grenzen der ſtrafrechtlichen und der privatrechtlichen Verantwortlichkeit beim verſchuldeten Irrthum parallel gehen oder nicht [8]). Mit dem gemeinen Rechte ſtimmen aber auch die neuen Geſetzgebungen im Ganzen durchaus überein [9]).

---

1) ſ. Carpzov qu. 1. nr. 29. 64. qu. 10. nr. 13. 14. qu. 15. nr. 12. 15. qu. 17. nr. 24. qu. 26. nr. 12. vgl. qu. 27. nr. 16 sq. nebſt ſeinem gelehrten Apparat.

2) Zuſammengeworfen iſt Alles wieder bei Mittermaier not. 1. z. F. §. 57. vgl. auch Luden Abh. II. 545 f. Hefftter im N. Arch. XII. 278 f. Pfotenhauer d. Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit. ſ. dag. N. Rev. §. 109.

3) N. Rev. S. 277 ff.

4) Theilweiſe anerkannt iſt dies jetzt wohl faſt allgemein, wobei ſich aber jeder ſeine Ausnahme vorzubehalten beliebt.

5) Dies verkennt zum Theil auch Berner S. 64 f. vgl. dag. Hefftter §. 56. n. 3. 4. ſ. vorläufig auch Krug üb. d. legisl. Behandl. d. Irrth. in Schletters Annal. Bd. 64. H. 2. 3.

6) Roßhirt Entwickl. S. 211. Hefftter §. 69. not. 3. Jarcke I. 144. Hufnagel StrafGB. z. Art. 100. nr. 1. A. M. das ſächſ. OAG. N. ſächſ. Jahrb. 1851. S. 53—57.

7) L. 6. l. 9. pr. §. 2 D. de j. et facti ignor. (22. 6). l. 11. §. 4 D. de his qui not. (3. 2). l. 4. C. de incest. nupt. (5. 5).

8) Luden Abh. II. 300 f. Hdb. I. 289. n. 5.

9) Preuß. LR. II. 20. §. 28. 29 (indirekt), Oeſtr. GB. §. 2. f. g. jetzt e. f. Jenull I. 148. 151. not. a. vgl. Theres. Art. 11. §. 9. nr. 2. Hye S. 183—190. Bair. GB. Art. 121. j. 65. 72. (vgl. C. Max. I. 1. §. 30). Sächſ. GB. Art. 68. (wird falſch ausgelegt, auch von Schwarze N. Jahrb. 1851. S. 45. 53 f.). Wirt. Art. 100. Hannövr. (theilweiſe) Art. 45. (vgl. Leonhardt I. S. 224. 225. 362). Braunſchw. §. 32, 1. Heſſ. Art. 42. 43. Bad. §. 72. Thüring. Art. 62. Preuß. §. 44. (hier allein wird zwiſchen unverſchuldetem und

In früheren Geſetzbüchern (ſ. die Thereſiana und den Cod. Max. a. a. O.) war ausdrücklich gefordert, daß der Irrende in facto licito et inculposo verſire; wäre der Irrthum mit einer culpa verknüpft, ſo werde die Strafe nur gemildert, es wäre denn die vorgehabte That ebenſo ſträflich oder noch ſträflicher geweſen, als die wirklich begangene.

§. 63.

3) In der Natur der Handlung, in welcher ſich das Subjekt dem objektiven Weltzuſammenhange preisgiebt, liegt es endlich, daß auch an ein mit Wiſſen und Wollen vermitteltes Thun zufällige Folgen ſich anknüpfen können, ſofern zu dem Willen weitere Urſachen im äußeren Weltzuſammenhang hinzutreten, welche ſeinem Wiſſen fremd blieben und fremd bleiben mußten. Dieſer Zufall im e. S. (Zufall in den Folgen) vereinigt in ſich die Momente der Gewalt und des Irrthums, ſofern hier eine fremde Kauſalität wirkt, von welcher vorausgeſetzt wird, daß ſie ſich im Wiſſen des handelnden Subjekts nicht reflektirt habe und nicht habe reflektiren können. N. Rev. §. 90 [1]).

1) Von dieſem Zufall in den Folgen (casus) gilt natürlich gleichfalls, daß die That zu einer actio libera in causa wird, ſobald entweder die nicht in der Natur der Handlung gelegene Folge von dem Thäter eventuell in Berechnung genommen und gebilligt wurde, oder wenigſtens mit der Handlung in einem ſolchen Zuſammenhange ſtand, daß der Thäter ſie bei Erwägung der Umſtände, unter denen er ſich zum Handeln entſchloß, hätte vorherſehen können und ſollen [2]).

2) Das römiſche Recht [3]) hat den reinen Begriff des Zufalls im Gegenſatze gegen jede ſowohl unmittelbare als mittelbare Bethätigung des Willens (dolus u. culpa) im Gebiete des Civilrechts früher entwickelt, als im Straf-

---

verſchuldetem fakt. Irrthum nicht unterſchieden; in beiden Fällen ſoll die Zurechnung wegfallen. Beſeler S. 43. Auch liegt nach preuß. Recht der Beweis des Irrthums dem Handelnden ob (!). Goldtammer I. 379—381. 430—432. (Irrig, wie oft, referirt dieſer über das bad. u. braunſchw. GB., die mit dem preuß. übereinſtimmen ſollen!). ſ. dag. bair. Entw. Art. 59. Sächſ. Art. 91.

1) Stübel Thatbeſtand §. 69 ff. (Dieſer will freilich die Begriffe von Zufall und Folge ſchlechthin geſchieden wiſſen, §. 71). Grolman §. 51. Feuerbach §. 58. Martin §. 48. Oerſted Grundregeln §. 36. Kleinſchrod I. §. 50. 51. Wächter I. §. 74. Jarcke I. 135. 136. Die ältere Doktrin (ſ. Carpz. qu. 27. nr. 16 sq. u. die dort. Angef.) brachte mit dem Unterſchiede von versari in re licita u. illicita hier ein falſches Moment herein, da auch an ein unrechtliches Handeln ein casus ſich anhängen kann. Gegen die noch in der neueren Jurisprudenz vorkommende widerſinnige Aufſtellung von delicta casualia ſ. Salchow Darſtell. I. 13. Note.

2) A. M. iſt natürlich auch hier Luden Abh. II. 299 f. Allein ſeiner ſcharfſinnigen Ausführung iſt auch hier der praktiſche Gehalt abzuſprechen. ſ. N. Rev. S. 275. 276. (Stübel iſt von Luden S. 325. n. 1. unverſtanden geblieben.)

3) Haſſe die Culpa des röm. R. §. 15. Mein Mord und Todtſchlag. S. 54 f. 135 f. Ziegler quaestion. p. 43 sq. Luden Abh. II. 295. n. 1. Birnbaum im N. Arch. XIII. 250. Note. Mein S. 165—167.

recht [1]). (Nur die Bestimmungen über noxa und pauperies enthalten Spuren einer älteren Ansicht.) In der Sphäre des Strafrechts galt sogar bis zur Zeit Hadrians hin selbst die culpa dem casus gleich, so zwar, daß in der frühesten Zeit (unter dem Einfluß religiöser Ideen) auch das bloß durch Zufall Hervorgebrachte gesühnt werden mußte [2]), später dagegen (infolge der von theokratischen Einflüssen emanzipirten Entwicklung des öffentlichen Strafrechts) das Kulpose dem Kasuellen als straflos beigesellt wurde [3]). Erst etwa seit der Zeit von Hadrian wurde auch in das Strafrecht der Begriff der culpa als einer eigenthümlichen Schuldstufe eingeführt und der Versuch gemacht, eine Grenze zwischen ihr und dem jedenfalls alle kriminelle Verantwortlichkeit ausschließenden casus festzustellen [4]). — Ueber das germanische Recht s. ob. §. 48. Anm. 2. — Auch im kanon. Rechte erscheint in früherer Zeit der reine Begriff des casus noch nicht von der culpa geschieden, vielmehr beides unter dem Begriff des Unvorsätzlichen vereinigt [5]). In späterer Zeit findet er sich dagegen allerdings [6]). Ebenso in der P.G.O. (Art. 146). In den neueren Gesetzgebungen wird die Nichtverantwortlichkeit für einen durch bloßen Zufall hervorgebrachten rechtsverletzenden Erfolg als Axiom vorausgesetzt [7]).

B) Versehen (culpa).

§. 64.

Es weist jedoch nicht nur der Zufall dem Willen seine relative Ohnmacht auf, sofern der vom Kausalitätsgesetze beherrschte Weltzusammenhang der Kombinationen des handelnden Menschen spottet und seine Vorsätze in ihr Gegentheil verkehrt, — sondern er tritt auch gegen ihn mit der Forderung auf, von ihm mittelbar als durch ihn gesetzt anerkannt und mit seiner Verantwortung gedeckt zu werden. Indem nämlich der vorsätzlich Handelnde eben seinen Vorsatz als das Maß seiner Verantwortlichkeit für das daraus Hervorgegangene geltend macht, so legt er sich damit die Forderung auf,

---

1) l. 5. §. 4 D. commod. (13. 6). l. 23. §. 2 D. de aedil. ed. (21. 1). L. 52. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 52. §. 3 D. pro soc. (17. 2). L. 6 C. de pign. act. (4. 24).

2) Serv. ad Virg. Ecl. IV. v. 43. Georg III. v. 387. Cicero Top. 17.

3) soweit es nicht im Privatstrafrecht seine Ahndung fand. Hier galt dann aber das Kulpose dem Dolosen gleich. s. die lex. Aqu. Nach Gellius galt aber das Gleiche früher auch bei der injuria. Mein Mord und Todtschlag S. 67—87.

4) Collat. I. 6. 8. 11. Paul. R. S. V. 23. §. 3. 12. 13. 19. — l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. l. 16. §. 8. l. 28. §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 9. 11. D. de incend. (47. 9). l. 1. §. 3, l. 3. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1. 5. C. eod. (9. 16). l. 2 D. de term. moto (47. 21). — l. 12 D. de cust. reor. (48. 3). §. 4. J. de l. Aqu. (IV. 3). l. 30. §. 3. l. 31 D. eod. (9. 2). vgl. Roßhirt im N. Arch. VIII. 392 f.

5) s. bes. Caus. XV, qu. 1.

6) c. 22. 23. X. de homic. (5. 12). Reg. 23. in 6° de R. J. (5. 12). vgl. Regino II. c. 17. 18.

7) Ausdrücklich steht der Satz noch im preuß. LR. II. 20. §. 36—38. Oestr. GB. I. §. 2. g. (jetzt f).

seinem Vorsatze, d. h. der seiner Handlung vorhergehenden Reflexion auch wirklich die alle Bedingungen, Momente und Folgen umfassende Allgemeinheit zu geben (§. 58. 59). Wenn nun die Handlung in's Dasein tritt und statt der vom Subjekt voraus berechneten andere, oder neben den berechneten noch weitere nicht berechnete Umstände eintreten, die einen dem Vorsatze entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so zeigt sich jetzt, daß der Handelnde seiner Reflexion nicht die erforderliche Allgemeinheit gegeben hat. Es ergiebt sich, daß vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs die hinzugetretenen Umstände möglicherweise hätten voraus erwogen werden können. Damit hören aber diese Folgen auf, zufällige zu sein, und erscheinen vielmehr als mögliche, in der Handlung als real möglich gesetzte Folgen. Es zeigt sich, daß der Handelnde in einem Irrthum gehandelt hat, den er hätte abwenden können und, welchen nicht abgewendet zu haben, ihm zur Schuld zugerechnet werden muß. Diese Schuld ist das Versehen (culpa). N. Rev. §. 97 [1]).

§. 65.

Im Wesen der culpa liegt, daß sie stets 1) aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrläßigkeit des Handelnden ist, denselben nicht vermieden und dadurch den rechtsverletzenden Erfolg mittelbar verschuldet zu haben. Mithin liegt hier immer ein negatives Verhalten des Willens vor. Gleichwohl liegt in diesem Negativen auch ein Positives, d. h. das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als realmögliche Folge entwickelt.

1) Abgesehen von der sog. bewußten culpa (Frevelhaftigkeit, luxuria), welche noch nicht hierher gehört, vielmehr (s. u.) eine eigene Schuldstufe aus-

---

1) Stübel System II. §. 262 f. G. J. F. Meister Princ. §. 38. Klein im A. Arch. I, 2. S. 56 f. II, 1. S. 179 f. III, 1. S. 119 f. Grolman in s. Bibl. I, 1. S. 1 f. 3. S. 71 f. Feuerbach eb. II, 1. S. 193 f. Oersted Grundregeln S. 228 f. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 26 f. Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 35 f. Renazzi El. I, 6. §. 3. Kleinschrod im N. Arch. VI. S. 45 f. Weber eb. S. 447. v. Almendingen in Grolm. Bibl. II, 2. Werner Hdb. §. 262 f. Wächter LB. I. §. 79 f. Jarcke I. 184 f. Stelzer üb. d. Willen. S. 163 f. Michelet de doli et culpae in jure crim. not. Winssinger quaenam sit differ. inter del. dol. et culp. Heusler de ratione in pun. delictis culpa commissis. Gärtner finium culpae in j. crim. reg. prolusio. Michelet Moral S. 58 f. Wirth Ethik I. 132 f. Bauer Abh. I. 245 f. Luden Abh. II. 529 f. Hdb. I. 240 f. 258 f. Schröter I. §. 65 f. Henke Hdb. I. 352 f. Martin Lb. §. 35. Abegg Lb. §. 85. 86. Heffter Lb. §. 61 f. Marezoll Lb. S. 104 f. Berner Imput. S. 227 f. Baumeister Beitr. S. 18 f. v. Bothmer Erörterungen. H. I. nr. 1. Krug über dolus u. culpa. 1854.

macht [1]), ist der Begriff der reinen culpa (der sog. unbewußten), wie ihn der §. angiebt, von der neueren Doktrin und Gesetzgebung meist richtig aufgefaßt. Zu den Abweichungen gehört a) die Ansicht einiger, welche den Begriff der culpa aus dem Kriminalrecht ganz verbannt und in das Gebiet der Polizei verwiesen haben wollen [2]). b) Die Ansicht von Luden, wornach nur die bewußte culpa in's Strafrecht gehören soll, diese aber überdies eine Auffassung erfährt, vermöge deren jede Grenze gegen den eventuellen dolus verschwindet [3]).

2) Daß die culpa das Mittelglied zwischen dolus und casus bilde, wurde schon von den italienischen und älteren deutschen Praktikern richtig erkannt. Sie beschreiben durchaus die kulpose Handlung als eine nicht vorsätzliche, wobei sie aber freilich den Begriff des dolus bald weiter bald enger nehmen (s. u.) [4]). Culpa sehen sie bei einem nicht gewollten Erfolge, der doch auch nicht einem reinen casus zugeschrieben werden könne, dies aber sei dann der Fall, wenn der Handelnde entweder in re illicita, oder in re licita versirt, aber nicht die erforderliche diligentia angewandt habe, um einen voraussehbaren rechtsverletzenden Erfolg zu vermeiden [5]). In der ersteren Bestimmung liegt zwar allerdings das Moment der sog. bewußten culpa (luxuria) eingehüllt [6]). Aber es tritt noch keineswegs klar hervor, da auch der in re illicita Versirende ohne Bewußtsein des rechtsverletzenden Erfolgs handeln kann. Die Definition der culpa ist mithin in jener Zeit formell noch ganz dem Begriffe angemessen. Dabei ist häufig die Meinung ersichtlich [7]), daß eigentlich nur durch dolus wahre Verbrechen im vollen Sinne begründet werden, womit theils die verkehrte Auffassung der culpa als eines Strafmilderungsgrunds [8]), theils die längere Zeit übliche Bezeichnung der kulposen Vergehen als quasidelicta [9]) zusammenhängt. Auch die unter dem Einfluß der Wolffischen Philosophie stehenden Juristen, obwohl sie bereits Anstalt machten, das Präventionsprinzip in das Strafrecht einzuführen, schilderten die culpa immer noch in dem wesentlich richtigen Sinne der älteren Doktrin als einen defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vincibilis [10]). Dieses Moment des

---

1) vgl. Baumeister a. a. O. S. 36 f. Breidenbach I. 2. S. 19. 20. Jarcke I. §. 29. Preuß. A.L.R. II. 20. §. 228.

2) s. bes. Stübel N. Arch. VIII. 295 f. Roßhirt eb. S. 379. u. Entwickl. S. 165 f. s. jedoch N. Rev. §. 102.

3) Abh. II. 296 f. 530 f. Hdb. I. 258—262. 383. n. 2. s. dag. N. Rev. S. 229—236. Breidenbach I. 2. S. 19. n. 7.

4) Der Widerstreit der Ansichten drehte sich besonders um die Auffassung des dol. indirectus u. die culpa lata.

5) J. Clar. §. homic. n. 3. sq. Farinac. qu. 126. n. 17. sq. Menoch. II. cas. 324. vgl. Covarruv. ad Clem. V. p. 2. §. 1. A. Gomez III. c. 3. n. 16. Damhouder c. 84. 85. Ayrer Tr. de homic. p. 3. n. 1 sq. Theodoricus Coll. crim. disp. 7. th. 5. Carpzov qu. 27. Böhmer ad h. l. obs. 2. 3. Matth. Proleg. I. n. 2.

6) Clar. n. 5. rechnet geradezu die culpa dolo determ. hierher. vgl. die Fälle von luxuria b. Caepoll. Cons. 29—31.

7) s. z. B. Carpzov qu. 142. n. 30. Matthaeus l. c.

8) Carpzov l. c. n. 31—33, sogar neuerdings noch Wächter Lb. I. §. 116. u. A.

9) Böhmer Elem. I. 2. §. 30. Engau Elem. §. 31. Koch Inst. §. 12. n. 2. C. F. G. Meister Princ. §. 35. s. dag. Schröter I. 106.

10) Nettelbladt de homic. ex intent. indir. comm. §. 4—7.

Mangels am Bewußtſein, Irrthums, Fehlers des Verſtandes ꝛc. wurde einſeitig von v. Almendingen, Stelzer, Salchow, Werner, Schröter hervorgehoben. Ergänzend hiezu trat die von Klein [1]) gegebene Beſtimmung der culpa als des negativ böſen Willens ein, womit im Weſentlichen, ſoweit die reine (ſog. unbewußte) culpa in Frage ſteht, auch Kleinſchrod und Grolman übereinſtimmen [2]). Es war hiemit das Weſen der culpa (ſ. den §. nr. 1—3) in der That treffend angegeben. Allein Feuerbach konnte ſich damit nicht begnügen, da er, ſchärfer als jene Andern denkend, einſah, daß die gedachte Auffaſſung der culpa mit der Konſequenz des Präventionsprinzips nicht zuſammenbeſtehen könne [3]). Hierin liegt nämlich, daß Jedem, den eine Strafe treffen ſoll, ein poſitivböſer Wille, d. h. der Vorſatz das Strafgeſetz zu übertreten, nachgewieſen werden muß. In der That hat auch Feuerbach die culpa geradezu in dolus verwandelt, indem er fordert, daß das kulpoſe Benehmen das Bewußtſein ſeiner Geſetzwidrigkeit und vorſätzliche Unterlaſſung der Sorgfalt involviren müſſe [4]). Richtig iſt allerdings die Behauptung, daß in der culpa auch ein poſitivböſes Element liegen müſſe. Allein dieſes darf nicht in einer vorſätzlichen Geſetzesübertretung, ſondern nur in dem geſucht werden, was der §. a. E. angiebt [5]). Feuerbach vernichtet gerade das Charakteriſtiſche der culpa, das Negativböſe, und löſt ihren qualitativen Unterſchied gegen den dolus in einen quantitativen auf. Eben daher konnte er auch unter die culpa Mehreres ſubſumiren, was in der That nicht dahin gehört.

3) Hiernach handelt es ſich hier überall nur von der reinen culpa, welche von der neueren Doktrin bald als culpa remota, bald als mittelbare oder unbewußte [6]) Fahrläßigkeit bezeichnet wird. Der Begriff derſelben iſt das Korrelat zu dem des vermeidlichen Irrthums. Ob auch ein kulpoſer Rechtsirrthum angenommen werden könne? (ſ. u.). Wenn endlich Feuerbach unbedingt auch den Fall hierher ſtellt, wenn ſich Jemand ohne dolus in einen Zuſtand der Unzurechnungsfähigkeit verſetzt, ſo iſt dies unrichtig, da hier auch unmittelbare

---

1) Er ſelbſt bekennt ſich dafür dem Philoſophen Moſ. Mendelsſohn verpflichtet. A. Arch. III. 1. S. 121.

2) Syſtem. Entw. a. a. O. Bibl. f. peinl. RW. I. 1. S. 1 f. I. 3. S. 71 f. vgl. Filangieri IV. c. 37. Oerſted a. a. O. Rossi II. 203. Renazzi Elem. I. c. 6. §. 3.

3) Rev. II. Kap. 6. Bibl. f. peinl. RW. II. 193 f. Lb. §. 55.

4) Oerſted Grundreg. S. 251. ſ. die nähere Ausführung in N. Rev. S. 321 ff. und hiernach Hye S. 138**. Den reinen Gegenſatz gegen Feuerbach bildet Stelzer a. a. O., der den dolus in culpa auflöſt. Wie verwirrend F.'s Anſicht wirken konnte, ſ. bei Henke I. §. 55. i. A.

5) Der hier ausgeſprochene Gedanke liegt auch bei Grolman a. a. O. zu Grund, wenn er den Willen des kulpos Handelnden einen „gefährlichen" nennt, weil das Unrecht ſchlechthin vermieden werden müſſe, daher eine Handlung unrecht ſein müſſe, bei welcher die Gefahr, das Recht zu verletzen, nicht vermieden werde (das Gegentheil dieſer Vermeidung nicht gewiß ſei). — Dagegen iſt es bereits ein Abfall vom rechtlichen Standpunkt, wenn man die Strafwürdigkeit der kulp. Handlungen auf ihre Gemeingefährlichkeit und die relative Unwirkſamkeit der Polizei gründet; — ſo Bauer Abh. I. 286. 287.

6) ſ. z. B. Grolman Grundſ. §. 48. Henke I. 359. Wächter I. §. 80. n. 59. — Feuerbach §. 56. — Bauer Abh. I. 297. Abegg Lb. §. 86. Berner Imput. S. 218 f.

(bewußte) culpa vorliegen kann [1]). — Die culpa bei Unterlaſſungsverbrechen [2]) als „Nachläßigkeit“ von der culpa überhaupt auszuſondern [3]), liegt kein Grund vor. — Die obligatio ad diligentiam, deren Verletzung die kulpoſe Handlung ausmacht, kann eine allgemeine, oder eine auf einem ſpeziellen Rechtsverhältniſſe (z. B. einer Berufspflicht) gegründete ſein [4]).

4) Sofern nach dem Bisherigen als das eigenthümliche Gebiet der reinen culpa nur das des vermeidlichen Irrthums in Thatumſtänden erſcheint, ſo beſchränkt ſich daſſelbe auf diejenigen Rechtsverletzungen, welche durch den Anſtoß eines nicht vorbedachten Naturkauſalismus entſtehen können. Dies iſt aber keineswegs bei allen der Fall, da es vielmehr eine Reihe ſolcher Rechte giebt, die zwar durch Vermittlung eines Zufalls faktiſch lädirt, aber eben als Recht nicht ohne Vorſatz verletzt werden können (wie Ehre, Freiheit, das Recht der Ehe ꝛc.) [5]), ſowie eine Reihe von rechtsverletzenden Handlungen, welche als ſolche gar nicht begangen werden können, ohne daß jedes ihrer Momente mit Beſtimmtheit in der Ueberlegung des Vorſatzes gegenwärtig war (wie Diebſtahl, Betrug ꝛc.) [6]). Die hierin liegende Beſchränkung des Gebiets der culpa iſt daher nicht bloß eine Folge geſetzgeberiſcher Willkühr oder ſtrafpolitiſcher Klugheit [7]); ſondern ſie liegt in der Natur der Sache [8]). Wieder etwas Andres iſt es, daß bei Polizeivergehen zwiſchen Vorſatz und culpa nicht unterſchieden wird (ſ. u.). Die Berückſichtigung des Unterſchieds zwiſchen Verbrechen, die bloß mit Vorſatz, und ſolchen, die auch kulpos begangen werden können, iſt erſt eine Angelegenheit der neueren Zeit. Zwar findet ſie ſich faktiſch ſchon bei den italieniſchen Praktikern und den älteren deutſchen Kriminaliſten, aber eben ohne Bewußtſein [9]). Seit man dagegen im Strafrecht unabhängig vom Buchſtaben der Geſetze zu denken angefangen hat, iſt in der erſten Freude über die neueröffnete Einſicht in das Weſen des Willens und der Handlung der Begriff der culpa (noch ganz abgeſehen von der ſog. bewußten culpa) ungebührlich verallgemeinert worden, wovon man jedoch neuerdings allgemein wieder zurückgekommen iſt.

5) Ein poſitives Recht kann von zwei verſchiedenen Seiten her auf die Entwicklung des Begriffs der culpa kommen, von der Thatſeite her und von der Willensſeite. Im römiſchen Rechte ſind beide Wege eingeſchlagen worden [10]).

---

1) vgl. Bauer a. a. O. S. 293. 297. 298.

2) Unklar iſt hierüber Oerſted Grundr. S. 310—313, u. noch mehr der ihn bekämpfende Bauer a. a. O. S. 294. ſ. ſchon Farinac. qu. 110. n. 24. Matth. ad l. 48. tit. 5. cap. 6. n. 5.

3) Dies thut Baumeiſter S. 35. 39.

4) Bauer a. a. O. S. 292. 293.

5) Neuere Geſetzgebungen wiſſen freilich von kulpoſer Verläumdung, Bigamie, kulpoſem Ehebruch u. dgl.

6) Nur eine ſcheinbare Ausnahme bildet der leichtſinnige Bankerott.

7) jenes nach Feuerbach Lb. §. 55, dieſes nach Bauer Abh. I. 288.

8) behauptet, aber nicht nachgewieſen auch bei Bauer S. 291. Heffter §. 69. Mittermaier n. 5. z. F. §. 55. ſ. auch Oerſted Grundr. S. 250. Am beſten Baumeiſter Beitr. S. 18. 19. 22. 23. Subtil, aber nichtsſagend Luden Hdb. I. 232. 242. ſ. dagegen Hufnagel I. 119. Breidenbach I. 2. S. 21. Beſeler S. 36 f. vgl. Birnbaum N. Arch. XIII. 103. 104.

9) ſ. z. B. Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 84. n. 9. 10. J. de Belvis. III. c. 26. §. 7. Carpzov qu. 27. u. 142.

10) Dies wird gewöhnlich nicht herausgehoben und infolge davon das röm. Recht einſeitig beurtheilt. ſ. z. B. Berner Imput. S. 279 f.

Der erſtere im Privatſtrafrechte, namentlich beim damnum inj. datum, wo ſich nach Analogie des Civilrechts die Scheidung der culpa (noch ohne klaren Unterſchied gegen den dolus) vom casus vollzog, d. h. die Einſicht ſich bildete, daß man auch für zufällige Folgen haften müſſe, wenn man ſie als möglich hätte vorausſehen können, mithin beim Handeln die obl. ad dilig. nicht erfüllte [1]). Der andere im öffentlichen Strafrechte, indem man zu der Einſicht kam, daß zwiſchen dem direkten Wollen und dem Nichtwollen das indirekte, gefährliche Wollen liege, das dem dolus nahe kommen könne, gegen das man als gegen eine res mali exempli einſchreiten müſſe [2]). In dem überwiegend ſubjektiven Charakter dieſes öffentlichen Strafrechts [3]) lag es aber, daß dieſe Erweiterung des kriminalrechtlichen Gebiets über den dolus hinaus erſt ſpät und ſporadiſch erfolgte, daher auch die Theorie noch im Juſtin. Rechte nicht über den Gegenſatz von dolus und casus hinauskam. Bis um die Zeit von Hadrian war die kulpoſe Handlung in keiner Weiſe Gegenſtand des öffentlichen Strafrechts [4]). Die Ahndung kulpoſer Handlungen fiel dem judicium domesticum, dem cenſoriſchen Strafamt und dem Privatſtrafrechte anheim [5]). Auch ſeit Hadrian aber iſt es zweifelhaft, ob bei allen (durch culpa begehbaren) Verbrechen die römiſche Kriminalpraxis wirklich den Fall der kulpoſen Begehung peinlich geſtraft habe [6]). — Im kanoniſchen Rechte wurde (wenn auch nicht von jeher) der kulpos hervorgebrachte Erfolg von dem zufälligen unterſchieden und das kulpoſe Benehmen für bußwürdig erklärt, und zwar nicht etwa bloß bei Tödtung und Brandſtiftung [7]), ſondern ganz allgemein [8]). Hiebei iſt das kanon. Recht ſichtlich dem römiſchen gefolgt, deſſen Beſtimmungen es generaliſirte [9]). — Das germaniſche Recht [10]) zeigt in ſeiner alterthümlichen Erſcheinung den Grundſatz, daß auch für ſchuldlos hervorgebrachten Schaden dem Beſchädigten gebüßt werden müſſe. Es wird nämlich bei der durch Ungefähr entſtandenen Verletzung nicht unterſchieden, ob eine mittelbare Verſchuldung (culpa) oder ob reiner Zufall obgewaltet habe [11]). In beiden Fällen

---

1) L. 5. §. 1. l. 8. §. 1. l. 30. §. 3. l. 31 D. ad l. Aquil. (9. 2). L. 25. §. 7 D. loc. (19. 2). L. 14 D. de off. praes. (1. 18). L. 226 D. de V. S. (50. 16). Haſſe Culpa Kap. 2—5. Mein Mord u. Todtſchl. S. 68—86. Rein S. 158—160.

2) ſ. §. 63. Anm. 2. Mein Mord und Todtſchl. S. 135—158. Rein S. 163—165. Roßhirt Entw. S. 171. 172. Müller Verbr. g. d. Integr. d. Eiſenbahnen. S. 84—86.

3) ſ. noch l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16).

4) ſ. beſonders l. 3. §. 2. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

5) ſ. auch Rein S. 160—163. u. Winssinger ib. cit.

6) Verſchiedene Anſichten bei Welcker letzte Gründe S. 565. Note. Wächter Lb. I. 129. Morſtadt n. 1. z. F. §. 55. Hefftter §. 69. — Feuerbach §. 55 u. Mittermaier n. 1. 5. Roßhirt Entw. S. 170 f. Rein S. 164. Berner Imput. S. 279—283. Birnbaum im N. Arch. XIV. 538 f.

7) ſo Berner S. 291. Umgekehrt nahm es die Kirche mit der culpa ſehr ſtreng.

8) C. 9. X. de injur. (5. 36). Die meiſten Beiſpiele finden ſich allerdings bei der Tödtung. ſ. c. 2. 3. 7—9. 12—16. 22. 23. X. de homic. (5. 12). c. 3. in 6° eod. (5. 4).

9) Umgekehrt meint Berner a. a. O., die betr. Beſtimmungen des kanon. Rechts enthalten eine Konzeſſion an das germaniſche Recht.

10) ſ. die Belegſtellen bei §. 48. Anm. 2.

11) Dies zeigt ſich klar in dem Unterſchiede der ſpäteren Beſtimmungen von den

muß vielmehr das volle Wergeld, die volle Buße erlegt werden [1]). Darin liegt aber keineswegs die barbariſche Anſicht, daß es auf den Willen nicht ankomme, ſondern im Gegentheil die ſehr tiefſinnige Vorſtellung, daß es kein abſolut waltendes Fatum gebe, vielmehr im Zweifelsfall der freie Menſch ſtets als der freie Hervorbringer ſeiner mehr oder minder mittelbar bewirkten Thätigkeitserfolge zu betrachten ſei [2]). Der ſchlagendſte Beweis gegen jene rohe Auffaſſung liegt darin, daß das germaniſche Recht (im Norden, wie auf dem Kontinent und in England) von jeher zwiſchen Willen und Ungefähr (volens und nolens, casu faciente) wenigſtens inſoweit unterſchied, daß bei Ungefähr von Fehde, Friedloſigkeit, Friedensgeld keine Rede war [3]). Hiebei blieb es aber nicht. Vielmehr wurde ſelbſt bezüglich der Wergelds- oder Bußzahlung für das durch Ungefähr zugefügte Unrecht theils der Weg eingeſchlagen, daß man die Anſätze verminderte [4]), theils — unter dem Einfluß kanoniſcher und römiſcher Anſichten — die qualitative Unterſcheidung von culpa und casus angebahnt, ſofern man im lezteren Falle die Buße auf ein Minimum herabſetzte oder ganz wegfallen ließ [5]). Die natürliche Folge davon war aber, daß dann die Buße für kulpoſe Handlungen den ſtrafrechtlichen Charakter annahm oder geradezu durch wirkliche Strafe erſetzt wurde [6]). Endlich wird die Richtigkeit der hier kundgegebenen Anſicht über den ideellen Kern der dem germaniſchen Rechte zu Grund liegenden Auffaſſung noch insbeſondere dadurch beſtätigt, daß in der Regel das Durchkommen mit dem Schadenserſatz oder der leichteren Buße bei kulpoſen Handlungen Selbſtanzeige oder wenigſtens freiwilliges Bekenntniß nach erhobener Klage vorausſetzte, da im Falle des Abläugnens angenommen wurde, der Thäter habe mit Abſicht gehandelt [7]), wie denn auch ein eigenthümlicher Ungefährseid vorkommt [8]). — In den Rechtsbüchern zeigt ſich kein Fortſchritt. Das ſächſ. LR. [9]) ſpricht aus, daß für kulpoſe Verletzungen keine Strafe an

---

früheren. ſ. z. B. L. Sal. em. X, 6. L. Rip. LXX, 2—4. L. Wisig. VI, 5, 2. 7. VIII, 4, 23. L. Bajuv. XIII, 1. L. Roth. 308—313. L. Liutpr. 136. Knuts weltl. Geſ. 73. L. Alam. 83. ꝛc. und Aelfreds weltl. Geſ. 13. 17. 19. 32. L. Sal. IX, 5. XXIV, 5. L. Angl. X, 8. XI. L. Henr. I. 70. §. 12. 90. §. 12 ꝛc.

1) ſo noch in den Willk. d. Brockmänner §. 182. vgl. L. Fris. add. sap. III. 69. L. Sal. em. 38. L. Rip. 46. u. die nordiſchen Rechte bei Wilda S. 557. 558.

2) Mit Unrecht ſucht Wilda die Thatſachen, worauf dies Urtheil ſich ſtützt, wegzuläugnen. Seine eigene Ausführung widerlegt ihn S. 550 f. 578 f., abgeſehen davon, daß ohne jenen Ausgangspunkt das german. Recht um alle Originalität kommt.

3) Wilda S. 545—549.

4) ſo vornämlich in den nordiſchen Rechten. Wilda S. 557. 558.

5) ſ. die Stellen §. 48. Anm. 2. beſ. L. Wisig. VI. 5, 2—7. — Bemerkenswerth iſt die frühe aufkommende Rückſicht auf das versari in re licita, in opere necessario. Regino II. c. 17. 18. Magn. Gulath. M. c. 13. p. 161. Beſondere Grundſätze finden ſich hinſichtlich des durch Thiere zugefügten Schadens. ſ. Stellen b. Wilda S. 588—594.

6) L. Wisig. VI, 5, 7.

7) L. Rip. LXXXII, 3. L. Sal. em. X, §. 1—3. 8. L. Bajuv. VIII, 10. XIV, 4. 5.

8) L. Alam. LXXXII, 7. L. Roth. c. 234. L. Wisig. VI, 5, 5. 7. 12. andre Stellen bei Wilda S. 594—597.

9) II, 38. vgl. III. 91. §. 1. u. III. 84. §. 3. Goſl. Stat. b. Göſchen 40, 41. — 41, 1—6. 28. 37.

Leib od. Leben, ſondern nur Schadenserſatz od. Wergeld eintrete. Gleichwohl unterſcheidet es bei Tödtung od. Lähmung fremder Thiere nicht zwiſchen Vorſatz und culpa, wohl aber zwiſchen culpa und casus [1]). Ausführlicher iſt ſchon das Rechtsb. nach Diſtinktionen, das für Verwundungen „von ungeſchichtigen Dingen undankes“ nur ſchlechte Buße, nicht Frevelsbuße anſetzt, übrigens auch noch den Ungefährseid fordert [2]). Indeſſen ſind alle dieſe Beſtimmungen noch ſchwankend und verworren, da bald bloß von Schadenserſatz oder Schmerzengeld, bald von Wergeld, bald von gänzlicher Nichtverantwortlichkeit [3]) die Rede iſt und die alterthümliche Anſicht über das Haften für den casus der beſtimmten Unterſcheidung zwiſchen culpa und casus um ſo hinderlicher war, je mehr die Begriffe von Buße, Schaden, Beſſerung, Sühne, Wergeld in einander liefen [4]). Dieſe Unklarheit hat ſich denn auch im ſächſiſchen Rechte noch lange erhalten [5]). Das ſchwäb. LR. dagegen unterſcheidet [6]) (freilich nach äußerlichen Momenten) genau ob der unvorſätzliche Verletzer die obligatio ad dilig. erfüllt hat oder nicht, und ſpricht ihn im erſteren Falle nicht nur von Lebens- und Leibesſtrafe, ſondern auch von jeder Buße los, wogegen es im andern Fall ſich mit letzterer nicht begnügt, ſondern zugleich Wette an den Richter, bei erfolgter Tödtung eines Menſchen ſogar Schwerdtſtrafe anſetzt. Wenn das ſächſ. Recht die Grenze gegenüber dem casus nicht zu fixiren vermochte, ſo wußte das ſchwäbiſche die Grenze gegen den dolus wenigſtens nicht genau zu beſtimmen [7]). Von einer allgemeinen Auffaſſung der culpa als einer beſonderen Schuldſtufe iſt in den Rechtsquellen des MAs. überhaupt noch nicht die Rede. Sie wird nur erwähnt bei Tödtung, Körperverletzung und Eigenthumsbeſchädigung, und verſchieden behandelt [8]). Beſonders ſieht man bei der Frage über das Haften für den durch Thiere geſtifteten Schaden das Moment der ſtrafrechtlichen Verantwortlichkeit nur erſt auftauchen [9]). — Dagegen iſt nun in der P.G.O. der Begriff der reinen culpa mit voller Klarheit feſtgeſtellt [10]), wiewohl auch hier dieſelbe nur bei der Tödtung und Gefangenenbefreiung erwähnt wird. Die betr.

---

1) III. 48. §. 1—3. Neben dem Wergeld kommt hier Buße vor.

2) IV, 1. d. 3. 4. d. 2. 5. d. 3. 15. d. 2. (hier iſt dann doch das Wergeld genannt).

3) ſo dann, wenn dem Beſchädigten ſelbſt Unvorſichtigkeit zur Laſt fiel. Goſl. Stat. 41, 28 f. vgl. noch Gloſſe z. Sächſ. LR. II. 38. u. Gl. z. Weichbild Art. 38. n. 12—14. (wo übrigens ſchon romaniſirt wird) u. das Klever Stadtr. b. Birnbaum N. Arch. XIII. 278. n. 96.

4) Göſchen Goſl. Stat. S. 337—346. 358. 359.

5) ſ. die Schöffenurtheile bei Carpzov qu. 27. nr. 40 sq. 56 sq. 63., woraus erſichtlich iſt, wie mühſam die römiſche Anſicht ſich Bahn brach und wie unbeholfen man ſie der altgermaniſchen aufzupropfen ſuchte.

6) c. 182—184. ſ. jedoch die Wolfenb. Hdſchr., welche bei c. 184 die Todesſtrafe nicht hat.

7) ſ. auch die Andeutung der P.G.O. Art. 137. 146 über die Praxis ihrer Zeit.

8) ſ. z. B. die Goſl. Stat. 40, 42. j. 41, 6. 28 f. Sächſ. LR. II. 38. j. III. 48.

9) ſ. ſächſ. LR. II. 40. 62. §. 1. vgl. mit ſchwäb. LR. c. 204. 205. 244. (wo ſchon die obl. ad dilig. und bei ihrer Nichterfüllung Buße und Wette vorkommt, während z. B. noch das Bamb. Stadtr. §. 127 hier keinen Frevel feſtſetzt). Oberflächlich iſt Krug üb. dolus u. culpa S. 9. n. 2.

10) Art. 136. 146. 180. vgl. Wormſ. Ref. 1498. VI. 1. tit. 21.

Bestimmung ist offenbar dem röm. Rechte entnommen, das auch bei den italienischen Schriftstellern die Grundlage der Darstellung bildete. Zwar handeln diese die Lehre von der culpa gleichfalls nur bei bestimmten Verbrechen ab; es scheint jedoch ihre Ansicht zu sein, daß die culpa in der Regel immer einer strafrechtlichen Behandlung unterliegen soll, wo nur überhaupt die kulpose Begehung bei einem Verbrechen möglich ist [1]). Mag nun eben dies auch die Ansicht der P.G.O. sein oder nicht [2]), so ist diese Meinung doch von den deutschen Schriftstellern der späteren Zeit entschieden getheilt worden [3]). — So stellen denn auch die Theresiana und der Cod. Maximil. die culpa als eine allgemeine Schuldstufe dar, die bei allen Verbrechen vorkommen könne [4]), übrigens ohne sie zu definiren. Dieselbe allgemeine Bedeutung erhält sie im preuß. LR. [5]), jedoch mit zutreffender Definition, wogegen das östr. GB. sie aus dem eigentlichen Strafrecht verweist [6]). Von den neueren Gesetzgebungen definiren einige die culpa gar nicht [7]); die aber, welche es thun, fassen sie nicht rein auf, sondern ziehen die luxuria (s. u.) mit herein [8]). Während ferner das bair. GB. die culpa noch allgemein als Schuldstufe aufstellt, so haben die übrigen neuen Gesetzgebungen es vorgezogen, dieselbe nur in bestimmten vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen mit Strafe zu bedrohen [9]).

§. 66.

Die Grenze der culpa gegen den Zufall ist ihrem Begriffe gemäß relativ. Denn die Frage, ob ein Irrthum oder Nichtwissen vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Individualität des Handelnden und den Umständen des konkreten Falls beantwortet werden. Die Grenze läßt sich daher nicht allgemein festsetzen und auch

---

1) Jac. de Bellov. III. 26. n. 7. J. Clar. §. fin. qu. 84. n. 1. Menoch. II. 4. c. 324. 400. Farin. qu. 126. Gomez III. c. 3. n. 16 sq. Decian. I. cons. 9. n. 1. Hipp. d. Mars. cons. 7. n. 36. Aeg. Boss. de homic. n. 53 sq.

2) vgl. Damhouder c. 84. 85 stimmt mit den Italienern.

3) s. Carpzov qu. 142. n. 30 sq. P. Theod. Coll. cr. Disp. 7. th. 5. Leyser Sp. 154. med. 9 sq. J. Ayrer de homic. II. 101 sq. III. n. 1 sq.

4) Theres. art. 3. §. 1—4. C. Maxim. I. c. 1. §. 3.

5) II. 20. §. 28—34.

6) s. dag. Kleinschrod im N. Arch. VI. 57 f. Ganz verwiesen ist sie gleichwohl nicht u. konnte es nicht werden. s. jetzt auch Hye S. 155—158.

7) Sächs. GB. Art. 32. Hess. Art. 57. Sächs. Entw. Art. 45. Ganz übergangen im allg. Theil ist sie im preuß. s. Besele S. 47—49. Temme Gl. S. 89 f. not. 3. Ebenso im Bair. Entw. (anders noch 1851). s. jedoch wenigstens Art. 5. vgl. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 9. u. GB. Art. 138.

8) Bair. GB. Art. 64 f. Wirt. 58. 59. (aufgehoben). Hannövr. 46—49. Braunschw. §. 29. Bad. §. 101. Thüring. Art. 30. Sächs. Entw. Art. 45.

9) Wirt. GB. Art. 138 (Hufn. I. 120). Sächs. Art. 32 (Weiß S. 165. 166). Hannövr. Art. 46 (Leonhardt I. 227. n. 6). Hess. Art. 57 (Breidenb. I. 2. S. 25. 26). — Braunschw. §. 26. 29 (Breym. S. 192). Bad. §. 102. Thüring. Art. 30. Sächs. Entw. Art. 45. Bair. Art. 5. Code p. Art. 319. 320. 458 (Hélie V. 467 sq.). Bedenklich ist die Weglassung einer solchen Bestimmung im preuß. GB. A. M. Temme a. a. O. Goldtammer I. 239—243 (?).

für den einzelnen Fall nur negativ so angeben, daß die Verantwortlichkeit wegfalle, wenn dem Handelnden als solchem unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als realmögliche Folge seiner Handlung hätte vorhersehen sollen. Da es sich übrigens hier nicht um widerrechtlichen Willen überhaupt, sondern um verbrecherischen Willen handelt, so kann jene Zumuthung nicht über die Grenze gewöhnlicher Einsicht und Vorsicht eines Individuums ausgedehnt werden. — Ebensowenig lassen sich absolute Grade der culpa angeben, und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nur von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszusehen, hergenommen werden. Allein diese Wahrscheinlichkeit ist gleichfalls eine relative, nach den konkreten Umständen und der Individualität des Handelnden sich bestimmende, und für diese konkrete Wahrscheinlichkeit giebt es zwar unendliche quantitative Abstufungen, die sich aber nicht qualitativ als Grade fixiren lassen. — In beiden Beziehungen unterscheidet sich die strafrechtliche culpa wesentlich von der des bürgerlichen Rechts. N. Rev. §. 100.

1) Hinsichtlich des Anfangspunkts der verbrecherischen culpa ist beim römischen Rechte Privatstrafrecht und öffentliches zu unterscheiden [1]). Bei ersterem führte die Analogie des Civilrechts auf strengere Grundsätze, welche jedoch von den Römern nicht sofort auf die peinlich zu strafende culpa übergetragen worden sind [2]). Gleichwohl läßt sich auch nicht behaupten, daß nur culpa lata (dolo proxima) peinlich gestraft worden sei [3]). Bei dem ganzen Geiste des öffentlichen Strafrechts der Römer ist es indessen wahrscheinlich, daß sie mit der Annahme krimineller culpa vorsichtig waren [4]). — Die P.G.O. sagt über die Grenze zwischen culpa und casus nichts, sondern empfiehlt nur immer die konkreten Umstände des Falls wohl zu berücksichtigen, was ganz richtig ist. Die Gesetzgebungen des v. Jhs. begnügen sich mit ganz abstrakten Bestimmungen. — Auch das preuß. LR. spricht nur von „gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung", verweist jedoch ganz richtig auf I, 3. §. 25, wo die Berücksichtigung der Individualität des Handelnden vorgeschrieben ist, und zwar ohne zugleich die Artikel zu zitiren, welche die Eintheilung in c. lata, levis und levissima enthalten [5]). Dieses Gesetz schlug hiemit, abweichend von der Doktrin vor seiner Zeit, im Wesentlichen ganz den rechten Weg ein. Gedachte Doktrin nämlich mühte sich

---

1) Hierauf hat Roßhirt, wiewohl in übertriebener Weise, mit Recht aufmerksam gemacht. Entwickl. S. 167. 171. s. auch Luden Abh. II. 296 f.

2) s. l. 28. §. 12 D. de poen. (48. 19) und l. 9 D. de incend. (47. 9) j. l. 11 D. eod. l. 1. §. 3. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). j. l. 1 C. eod. (9. 16).

3) l. 12 pr. D. de cust. reor. (48. 3). l. 2 D. de term. mot. (47. 21). l. 3. §. 1 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. 11 §. 2 D. de poen. (48. 19).

4) s. auch noch Ziegler quaest. ad j. Rom. qu. 1. u. 2. Niccolini quist. di diritto. II. p. 38 sq.

5) s. das Gutachten v. Savignys b. Beseler S. 50 f.

ab [1]), nach Analogie des Civilrechts beſtimmte Grade von allgemeiner Anwendbarkeit aufzuſtellen, wobei denn die culpa levissima ſoweit an den casus hinabgerückt wurde [2]), daß man dringend darauf aufmerkſam machen mußte, daß „die Menſchen keine Engel ſeien“ [3]). Dieſelbe abſtrakte Auffaſſung mit der Möglichkeit, den Anfangspunkt der ſtrafbaren culpa im Geiſt der Abſchreckungspolizei beliebig hinauszurücken, findet ſich auch im bair. GB. [4]) (Art. 68. I.). Dagegen iſt neuerdings dringender die Nothwendigkeit hervorgehoben worden, die im §. angegebene Grenze zu ſetzen [5]). Auch haben mehrere neuere Geſetzgebungen hiefür Sorge getragen, nur freilich nicht immer mit Glück [6]), da ſie meiſt die individuelle Relativität des Anfangspunkts überſehen und ſich mit der Abſtraktion einer „mäßigen, — gewöhnlichen — mittleren“ Sorgfalt begnügen, womit ohne jene erſte Rückſicht gar nichts entſchieden und der weſentliche Unterſchied zwiſchen Strafrecht und bürgerlichem Recht gar nicht in's Auge gefaßt iſt.

2) Was die Grade der culpa betrifft, ſo haben die älteren Kriminaliſten faſt durchgängig ſolche, und zwar als abſolute, — nach der im Civilrecht herkömmlichen Eintheilung in der Regel die drei [7]) Grade: c. lata, levis, levissima aufgeſtellt [8]). Sie faſſen die Eintheilung lediglich quantitativ auf und wiſſen ſich von den Formeln des (übrigens) mißverſtandenen römiſchen Civilrechts noch nicht loszumachen. Indeſſen lag eine Annäherung zu einer richtigeren, d. h. konkreteren Auffaſſung darin, daß in der Regel wenigſtens zwiſchen dem versari in re illicita und in re licita unterſchieden wurde [9]), auch wohl nach der näheren

---

1) ſ. beſ. Carpzov qu. 27. n. 29 sq. qu. 39. n. 28—31. vgl. mit Damh. c. 85. n. 10—12 einerſeits und Böhmer Obs. ad C. qu. 27. Obs. 2 andrerſeits.

2) ſ. die ſubtile Unterſcheidung von homic. casuale ex casu improviso und casu fortuito bei Carpz. l. c. n. 54 sq. (der ſie freilich nur auf die Wergeldsfrage nach ſächſ. Recht noch anwendet) und ſeinen dort angeführten Vorgängern.

3) Böhmer Obs. cit. obs. 3. ſ. indeſſen ſchon Clar. §. homic. n. 4.

4) ſ. übr. Art. 68. II. u. 102, wo doch einige Rückſicht auf die Individualität genommen iſt. Ebenſo im hannövr. GB. Art. 119 (A. M. Leonhardt S. 226 (ob.).

5) Oerſted Grundr. S. 234—237. Weber im N. Arch. VII. 561. 562. Stübel Syſt. II. §. 279. 280. Bauer Abh. I. 288. Feuerbach Lb. §. 58. Mittermaier z. F. §. 55. n. 3. Heffter §. 68. (die Ausnahme hinſichtlich des Gemeinkundigen iſt im Widerſpruch mit dem Prinzip). Krug Studien ꝛc. I. 63 f.

6) Wirt. Motive zu Art. 58 (aus Feuerb. abgeſchrieben und durch Art. 246 nr. 2. desavouirt). Heſſ. GB. Art. 57 (Breidenb. I. 2. S. 15—18). Beſſer im bad. GB. §. 101. Thüring. Art. 30. ſ. Fälle bei Hufnagel III. 299 f. Sächſ. krim. Jahrb. I. 283 f. Demme Annal. I. 103 f. VI. 118 f. XIV. 45 f. XVI. 253 f. Braun Hauptſtücke Beil. 3. 4. N. ſächſ. Jahrb. 1851. S. 406—412.

7) Manche nahmen wohl auch 4—6 Grade an. Uebrigens bezeichnen Clar. u. Boss. es als Comm. opinio, daß nur die culpa lata kriminell zu ſtrafen ſei. Cl. §. homic. n. 4.

8) Damhouder c. 85. n. 10—12. Farinac. qu. 126. n. 27. Menoch. arb. quaest. II. 4. c. 324. n. 2. Carer. de homic. §. 3. n. 11. Ayrer de homic. II. n. 103. Carpzov qu. 27. n. 28 sq. Caepolla III. cons. 33. n. 14 sq. Böhmer Med. ad art. 146. §. 4. de Bye de lata culpa. Mencken de del. media culpa comm. Mögling de culpa leviss. Leyser sp. 602.

9) nur freilich nicht mit der widerſinnigen Konſequenz, die Quiſtorp §. 37 u. A. zogen.

oder entfernteren Vermittlung des Kauſalzuſammenhangs [1]). Ueberhaupt fieng man im v. Jh. an, mehr und mehr einzuſehen, daß hinſichtlich der Beſtimmung der Grade ſehr viel von den Umſtänden des einzelnen Falls abhänge [2]). Allein von Grund aus wurde die alte Lehre erſt neuerdings erſchüttert. Nicht ſowohl durch die ſchon von Donellus eröffnete, zuletzt von Haſſe [3]) durchgeführte Polemik gegen die dreigliedrige Abſtufung der culpa im Civilrecht, — denn dies hinderte neuere Kriminaliſten nicht, eine dreigliedrige Abſtufung nur in andrem Sinn, d. h. je nach der größeren oder geringeren Wahrſcheinlichkeit des Erfolgs [4]), aber in derſelben abſtrakten Weiſe wie die früheren aufzuſtellen [5]), während Andere in demſelben abſtrakten Geiſte ſich mit der zweigliedrigen Abſtufung in c. lata und levis begnügten [6]). Den Hauptſtoß erhielt vielmehr die ältere Lehre durch die aus philoſophiſcher Betrachtung entſprungene Einſicht, daß a) wirkliche abſolute Grade der culpa nicht bloß nach quantitativen Differenzen beſtimmt werden dürfen, ſondern zugleich einen qualitativen Unterſchied zur Unterlage haben müſſen [7]). In dieſem Sinne unterſchied Feuerbach [8]) vier Arten der culpa, die er jedoch ſpäter auf zwei reduzirte [9]), und welche jezt gewöhnlich als bewußte und unbewußte culpa bezeichnet werden; b) daß innerhalb der reinen culpa allerdings unendlich viele Abſtufungen ſich denken, aber ſich nicht fixiren laſſen, ſowohl an ſich nicht, als wegen ihrer durchaus relativen, durch die Individualität des Handelnden und die Umſtände des konkreten Falls beſtimmten Natur [10]); c) daß die Abſtufungen der culpa im Civilrecht auf das Strafrecht nicht übertragbar ſind, weil in beiden Rechtsgebieten der Handelnde in weſentlich verſchiedenen Beziehungen zur Beurtheilung kommt [11]). — Dieſe richtige Anſicht iſt übrigens ſchon im röm. Rechte thatſächlich ausgeſprochen. Auch die P.G.O. ſetzt keine abſtrakten Grade feſt, ſondern ſpricht nur allgemein das Richtige aus,

---

1) Böhmer l. c. §. 3. und Cons. Tubing. ib. cit.

2) ſ. beſ. Leyser u. Böhmer l. c.

3) Die Kulpa §. 24 f. vgl. Schröter I. S. 114—116.

4) Filangieri IV. c. 37. Grolman §. 50. Abegg §. 86. Bauer Lb. §. 62. f. jedoch auch §. 99.

5) nach der größeren oder geringeren Leichtigkeit für den Handelnden, ſich den Irrthum zu benehmen, — Puffendorf de culpa II. c. 4—6. Stelzer Grundſ. I. §. 22. Kleinſchrod I. §. 30.

6) ſ. z. B. Schröter I. §. 73. Wächter I. §. 80. n. 58. Abegg §. 86 in der Anm.

7) A. M. Martin §. 35. n. 11. 12. und Marezoll S. 106. f. aber Berner Imput. S. 239. 240.

8) Bibl. f. peinl. R.Wiſſ. II. 215—225. ſ. dag. Oerſted Grundr. S. 269. Henke Hdb. I. 357. 358.

9) Lb. 56. vgl. Grolman §. 48. Henke I. 359. Wächter I. 80. n. 59. Abegg §. 86. Bauer §. 61. Heffter §. 67. Berner Imput. S. 241 f. Die bewußte culpa gehört jedoch gar nicht hierher (ſ. u.).

10) Feuerbach Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 44 f. (wo er aber doch noch 2 Grade annahm). Lb. §. 58. Oerſted Grundr. S. 256—269. Henke Hdb. I. 522. 523. Martin §. 61. Jarcke I. 203. 204. Marezoll S. 107. Berner Imput. S. 237 f. R. Rev. S. 238 ff. Eigenthümlich, jedoch ſehr ſchwankend (ſ. not. 7. 8) Luden Hdb. I. 269—272. ſ. noch Mittermaier n. 1. zu F. §. 58. Michelet Moral S. 65.

11) R. Rev. a. a. O.

Digitized by Google

daß die culpa überhaupt größer oder geringer sein könne [1]). Von den neueren Gesetzgebungen hat nur die bairische (und nach ihr die hannövr.) eine abstrakte Abstufung zwischen grober und geringer Fahrläßigkeit gemacht [2]), wobei aber, abgesehen von der Widernatürlichkeit und Willkührlichkeit der ganzen Unterscheidung, noch überdies der Unterschied der bewußten und der unbewußten culpa mit hereingezogen und die geringe Fahrläßigkeit übermäßig weit in das Gebiet des Zufalls hinein ausgedehnt ist. Die übrigen lassen sich entweder gar nicht (oder nur gelegentlich) [3]) auf die Frage ein, oder sie nehmen nur den Satz auf, daß die Größe der culpa mit der Wahrscheinlichkeit des Erfolgs und seiner Vorausseh barkeit steige oder falle [4]), was zwar im Wesentlichen richtig, wobei aber nicht gehörig herausgehoben ist, daß hiebei vom Standpunkt des Handelnden ausgegangen werden muß [5]).

§. 67.

Die culpa bildet einen geringeren Schuldgrad, als der Vorsatz. Denn der kulpos Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs, sondern wollte nur dessen Bedingung, wobei es eben seine Schuld ist, die reale Möglichkeit des Erfolgs nicht in sein Wissen erhoben zu haben. Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt mithin bei der kulposen Handlung nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während bei der vorsätzlichen dieses Entsprechen vollständig ist.

Dies bemühen sich schon die älteren Kriminalisten zu zeigen, indem sie die culpa lata dem dolus entgegensetzen [6]). Ihre Ausführungen sind aber noch ohne großen Werth, da sie sich theils nur exegetisch verhalten, theils willkührlich die Verbrechen trennen, theils beim Eingehen auf die Sache die schwierige Frage über den dolus indirectus dazwischen tritt [7]). Mit Berufung auf das römische Recht ist sogar neuerdings noch Gleichstellung der c. lata mit dem dolus (wenigstens relativ) nach gem. Recht behauptet worden [8]). — Zuweit gegangen war

1) Art. 136. 146. Wenn übrigens Luden Hdb. I. 272 hier Grade der Strafbarkeit der culpa von Graden der culpa unterscheidet, so ist es schwer, hierin einen Sinn zu finden.

2) vgl. Wächter im N. Arch. XIV. 327. 328. n. 24. Luden Hdb. I. 271. n. 8. Leonhardt I. 230—232. Neue bair. Mot. z. Art. 5.

3) Z. B. Sächs. GB. Art. 43. Hess. Art. 199. 255. (Breidenb. I. 2. S. 15—18). Braunschw. (ed. Breym. S. 191) §. 64. nr. 7. Thilo S. 135.

4) Preuß. LR. II. 20. §. 29. Wirt. GB. Art. 59.

5) s. die Ausführungen bei Hufn. II. 47—51. Not. S. 931. III. 293—297. St.-GB. mit Anm. S. 228. n. 2. — s. unten §. 142. Anm. 3.

6) Gloss. z. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. Bartol., Hipp de Mars. ib. Ang. Aret. v. scienter. n. 1. 2. Clar. §. fin. qu. 84. n. 1. Farin. qu. 86. n. 22. Tiraqu. de poen. temp. caus. 14. n. 5. Menoch. II. 4. c. 324. n. 11. Gomez var. res III. c. 3. nr. 15. Carpzov qu. 1. n. 16. qu. 15. n. 23 ꝛc. Matth. ad l. 48. tit. 18. c. 4. n. 10. Böhmer Obs. 1. ad l. qu. 27. Berger Electa p. 167. 172 sq. A. M. waren Donellus u. Faber.

7) vgl. Langlaeus b. Böhmer l. c. Bloße Willkühr herrscht dagegen bei Leyser sp. 154. med. 9. 10.

8) s. z. B. Klien N. Arch. I. 249. vgl. dag. Kleinschrod I. §. 30. 31. Hasse S. 551—53. Wächter I. §. 82.

es dagegen, wenn man das Verhältniß zwiſchen culpa und dolus in Zahlen ausdrücken zu können meinte [1]). Ebenſowenig taugen die Abſtraktionen im bair. und hannör. GB. über die Strafbarkeit der culpa im Allgemeinen [2]).

§. 68.

Die kulpoſen Handlungen ſind mit denjenigen, welche den Inhalt der Polizeiübertretungen ausmachen, inſofern relativ identiſch, als beide gefährliche Handlungen darſtellen (§. 18). Gleichwohl findet zwiſchen beiden auch ein ſehr weſentlicher Unterſchied ſtatt. 1) Das Prinzip deſſelben liegt in der Verſchiedenheit des Begriffs und Zwecks bei der Polizei und der Rechtspflege. Jene hat es nämlich nicht mit dem an ſich Unrechten und dem wirklichen Unrecht zu thun, ſondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe ſie unter Andrem auch ſolche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an ſich indifferent, die reale Möglichkeit des Unrechts in ſich tragen. Die Rechtspflege hat es dagegen nur mit dem wirklichen in Exiſtenz getretenen Unrecht zu thun, daher auch mit der kulpoſen Handlung nicht inſofern ſie bloß gefährlich, mögliches Unrecht iſt, ſondern nur inſofern ſich wirkliches Unrecht daraus entwickelt. 2) Eben deshalb ſetzt das kulpoſe Vergehen voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in's Daſein getreten ſei. Erſt durch dieſen Effekt erhält die kriminelle Zurechnung deſſelben einen Inhalt, ja ſie wird dadurch überhaupt erſt möglich, da ohne denſelben die Frage gar nicht entſtehen könnte, ob der Handelnde dieſe — rechtsverletzende — Folge als realmögliche Folge ſeiner Handlung hätte vorausſehen können. Dagegen fällt die gefährliche Handlung der Polizeiſtrafgerichtsbarkeit eben nur dann anheim, wenn es bei der bloßen Gefahr, der bloßen Möglichkeit des Unrechts geblieben iſt. 3) Wie aber die kulpoſen und die Polizeivergehen in ihrer äußeren Erſcheinung differiren, ſo unterſcheiden ſie ſich auch weſentlich nach ihrem inneren Charakter. Wenn nämlich bei dem kulpoſen Vergehen ſeine eigenthümliche Qualität nur in dem aus der gefährlichen Handlung entbundenen exiſtenten Unrecht liegt, ſo daß in deſſen mittelbarer Beziehung auf den Willen des Handelnden eben das Weſen der culpa ſich offenbart, ſo iſt klar, daß auf das Polizeivergehen, bei welchem eben dieſe Beziehung hinwegfällt, der Begriff der culpa gar nicht anwendbar iſt. Denn die gefährliche Handlung an ſich iſt ſtets eine vorſätzliche, mag

1) Feuerbach Kritik d. Kleinſchr. Entw. II. 63—74. Martin Lb. §. 61. ſ. dag. Roßhirt Lb. §. 95. Derſelb a. a. O.

2) ſ. dag. l. 5. §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. l. 4. §. 1 j. l. 3. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). P.G.O. Art. 146. C. Maxim. I. 1. §. 3. Theres. art. 3. §. 3.

nun das Polizeiverbot wiſſentlich oder unwiſſentlich übertreten ſein.— N. Rev. §. 102.

1) Eben das unter 1) angegebene Prinzip iſt durchaus verkannt von Stübel [1]), wenn er Rechtsgefahr und Rechtsverletzung gleich behandelt, wiewohl in ſeiner Ausführung die Elemente zur Einſicht darüber liegen, warum die kulpoſe Handlung verbrecheriſch iſt. Wenn aber bei Stübel der rechtswidrige (kriminelle) Wille im gefährlichen (polizeiwidrigen) aufgeht, ſo löst ſich nach der Anſchauung Feuerbachs der kulpoſe Wille in den doloſen, d. h. das polizeiliche Unrecht in das kriminelle [2]) auf (was freilich nur daher rührt, daß F. das Strafrecht überhaupt unter den Geſichtspunkt der Polizei ſtellt). In beiden Fällen geht der ſpezifiſche Unterſchied der erfolglos gebliebenen und der in Rechtsverletzung übergegangenen gefährlichen Handlung verloren [3]). Das eine Mal iſt abſtrakt auf die gefährliche Natur der Handlung, das andre Mal auf die Uebertretung des Geſetzes (des beſtimmten Polizeigeſetzes oder des allgemeinen zur diligentia verpflichtenden) reflektirt, daher die ſpezifiſche Nothwendigkeit des Erfolgs bei der kulpoſen Handlung dort nicht begriffen, hier zwar behauptet, aber nur mit kriminalpolitiſchen Gründen aufgeſtutzt [4]).

2) Das Ueberſehen des ad 2) Geſagten hat Manchen verleitet, die verkehrte Vorſtellung eines Verſuchs der culpa oder eines kulpoſen Verſuchs zu bilden [5]), welche ſowohl dem Weſen der culpa, als dem des Verſuchs durchaus widerſpricht. Das poſitive gem. Recht iſt unbedingt für den Grundſatz, daß eine kulpoſe Handlung ohne rechtsverletzenden Erfolg nicht anzunehmen ſei [6]). Ebenſo die neuen Geſetzgebungen, auch die Oeſtreichiſche, obwohl ſie das kulpoſe Vergehen unter die Polizeiübertretung ſtellt [7]).

3) Das ad 3) Angegebene ſieht man gewöhnlich darum nicht ein, weil man eine kulpoſe Rechtsunwiſſenheit oder Unachtſamkeit auf das Geſetz annimmt [8]), dadurch aber den Begriff der culpa verwirrt [9]). Hält man dieſen in ſeiner ein-

---

1) N. Arch. VIII. S. 236—323 und hiernach Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 171.

2) ſ. Oerſted Grundreg. S. 251.

3) Die Konſequenz dieſer Verwirrung der Geſichtspunkte iſt die Behandlung der culpa im öſtreich. GB. ſ. dag. Kleinſchrod N. Arch. VI. 58 ff., wo freilich meiſt nur äußerliche und ſekundäre Momente geltend gemacht ſind. ſ. auch Berner Imput. S. 231. 232. Michelet Moral S. 72. 79.

4) Oerſted a. a. O. Bauer Abh. I. 287. vgl. Feuerbach Lb. §. 22. 55 und Grolman §. 49, der hier konſequenter iſt. Unklar, zum Theil unrichtig iſt die Auffaſſung bei Müller Verbr. geg. d. Integr. d. Eiſenb. S. 106—119.

5) z. B. Grolman §. 49. Hepp Verſuche S. 259 f. ſ. dag. beſ. Schröter §. 90. Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 39. Henke I. 254. 255. Martin Rechtsgutachten der Heidelb. Spr.Koll. I. 34 f. Zachariä Lehre vom Verſuch I. §. 27. 28.

6) L. 36. §. 1 D. de R. V. (6. 1) u. die S. 177. n. 2 angef. Stellen ad l. Corn. de sic. c. 12 X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 136. 146. Wenn Heffter §. 67. n. 5. die l. 5. §. 6. 11 D. de his qui dej. (9. 3) zum Beweis des Gegentheils anführt, ſo überſieht er eben, daß es ſich hier von einem Polizeivergehen handelt.

7) Hye S. 302.

8) ſ. z. B. Feuerbach §. 57. Schröter §. 69. Henke I. §. 52. 55. Bauer §. 61. Heffter §. 67. Roßhirt Entw. S. 211. Dag. aber Luden Hdb. I. 246. n. 5. S. 286. n. 2.

9) Berner Imput. S. 244.

fachen Beziehung auf den vermeidlichen Irrthum hinsichtlich des faktischen Kausalzusammenhangs fest, so ergiebt sich von selbst, daß bei Polizeivergehen von einer kulposen Begehung gar nicht die Rede sein kann [1]). Wenn aber der Staat hier in der Regel [2]) Strafe droht ohne zu unterscheiden, ob der Handelnde das Verbot gekannt und absichtlich übertreten [3]), oder ob er es in vermeidlicher Unwissenheit nicht gekannt hat, so hat dies seinen guten Grund darin, daß hier die Handlung eben nur als eine dem Wohle gefährliche, schlechthin zu unterlassende verpönt, daher auch die Strafe nicht direkt auf die Gesinnung oder den Willen des Handelnden bezogen [4]), sondern die bloße Unachtsamkeit auf das Gesetz dem positiven Ungehorsam im Ganzen gleichgestellt wird [5]). Es ist jedoch unrichtig, dies so darzustellen, als ob hier zwischen dolus und culpa nicht unterschieden würde [6]).

§. 69.

Die kulpose Handlung steht zwischen Vorsatz und Zufall in der Mitte. Die vorsätzliche Handlung ist reiner Abdruck des Willens, die zufällige That reiner Abfall und Gegensatz davon. Während nun aber der Handelnde alles Zufällige gern von sich abweisen und nur das Vorsätzliche sich zurechnen lassen möchte, so tritt eben in der kulposen Handlung demselben die Macht des Naturkausalismus mit der Forderung gegenüber, von ihm anerkannt und relativ vertreten zu werden. Kann nun aber der Handelnde diese Forderung hinsichtlich der realmöglichen Folgen, deren Bedingung seine Handlung war, nicht von sich abweisen, so muß er den Naturkausalismus noch um so mehr in Beziehung auf die Handlung selbst anerkennen und vertreten. Die subjektive Willkühr, die im Begriff des Vorsatzes liegt, muß sich vor dem objektiven Zusammenhang der Handlung als eines von dem Belieben des Subjekts unabhängigen, in sich abgeschlossenen Ganzen beugen. Der Wille, so auf die Substanz der Handlung (ihren wesentlichen Thatbestand) bezogen, ist nicht mehr (bloß subjektiver) Vorsatz, sondern (auf ein objektiv für sich Bestehendes absehende) Absicht. N. Rev. §. 103.

1) Bei dem mit Ueberlegung handelnden Zurechnungsfähigen fällt der Vorsatz stets mit der Absicht zusammen. Gleichwohl müssen beide Begriffe aus-

1) Baumeister Bem. H. 1. S. 12. 22.

2) Ausnahmen will man im röm. Recht finden (Wächter, Hefftter ꝛc.). s. jedoch Luden a. a. O.

3) Auf den bewiesenen Ungehorsam allein stützt Feuerbach §. 22 das Polizeistrafrecht, was zu eng ist und wiederum eine Verwirrung zwischen dem Gebiete des Rechts und der Polizei enthält.

4) s. Kuhn Polizeistrafrecht S. 67 f., der freilich die Hauptgründe nur nebenbei anführt, übrigens manche treffenden praktischen Bemerkungen macht. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 497.

5) Hefftter im N. Arch. XII. 147. 148. Hélie VIII. 276—278. Goldtammer I. 240. d.

6) Dieser fast allgemeine Irrthum findet sich auch N. Rev. §. 102. 159. und neustens wieder bei Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 47.

einandergehalten werden, ſchon deshalb weil beides auch auseinanderfallen kann (z. B. bei Zurechnungsunfähigen, welche Vorſätze faſſen und ausführen können, denen keine Abſicht unterlegt werden darf), beſonders aber wegen der Frage über den Beweis des dolus [1]). Auch von dieſen praktiſchen Momenten abgeſehen, müßte es aber deshalb geſchehen, weil nur durch die hier gegebene Begriffsentwicklung das, worauf es hier weſentlich ankommt, in's rechte Licht tritt, d. h. die Einſicht, wie das Recht des Ichs, nur das ſich zurechnen zu laſſen, was es als das Seinige geſetzt hat, an dem Rechte der Objektivität ſeine Schranke und ſeine konkrete Erfüllung findet [2]). — In dem Begriffe der vorſätzlichen Handlung als ſolcher liegt das Mangelhafte, daß das Maß des Zuzurechnenden ſich nur nach dem ſubjektiv willkührlichen Maß des Wiſſens und Wollens richtet, hiebei mithin die innere eigene Natur der Handlung noch nicht als weſentlicher Faktor anerkannt wird. Daher wird in einem poſitiven Rechte, das den dolus vorwiegend in der Bedeutung des Vorſatzes faßt (d. h. ohne den Begriff der Abſicht noch deutlich entwickelt zu haben), eben die objektive Seite der Handlung diejenige ſein, die hinter der ſubjektiven zurückbleibt und vornämlich nur als Medium der Willensäußerung in Betracht kommt. Desgleichen wird eine philoſophiſche Entwicklung, welche an dem abſtrakten Gedanken des Vorſatzes feſthängt, den konkreten Inhalt, welchen der dolus durch den Begriff der Abſicht erhält, durch irgend etwas Anderes, namentlich z. B. durch die Beziehung des Vorſatzes auf das Strafgeſetz zu erſetzen ſuchen müſſen, dabei aber ſtets in die Lage kommen, die Grenzen der Lehre von der Zurechnung zu verwirren [3]).

2) Das poſitive Recht, von welchem ſo eben die Rede war, iſt das römiſche, welches eben nur die bisher aufgeführten Stadien der Entwicklung des Schuldbegriffs durchgemacht hat [4]). Abgeſehen nämlich von dem Privatſtrafrecht, in welchem nur die Eigenthumsbeſchädigung (damnum inj. datum) von Gewicht iſt, zeigt das öffentliche Strafrecht ſeit den 12 Tafeln den einfachen Gegenſatz zwiſchen dolus und casus [5]), zwiſchen welchem ſich erſt um Hadrians Zeiten der Begriff der culpa als ein ſtrafrechtlicher hervorarbeitet. Eben hierin liegt der ſchlagende Beweis, daß dem ſubjektiven (politiſch-ethiſchen) Geiſte des römiſchen Strafrechts das Thatmoment beim Verbrechen als das Sekundäre galt [6]). Hiedurch aber charakteriſirt es ſich gegenüber dem germaniſchen Rechte. In dem Gebiete des dolus ſelbſt drückt ſich jenes ſubjektive Uebergewicht dadurch

---

1) Daher iſt der Einwurf von Berner Theiln. S. 98 unſtatthaft. — Die treffende Bemerkung von Baumeiſter (Bem. H. 1. S. 34. 35) über den naturgemäßen Gebrauch der Bezeichnungen: Abſicht und Vorſatz läuft auf den bereits erörterten Unterſchied von Krim. und Polizeivergehen hinaus.

2) R. Rev. S. 245—247. vgl. Hegel §. 118. 119.

3) R. Rev. S. 321—329. 331. 332.

4) ſ. Meine Schrift: Mord und Todtſchlag. S. 141 f. Rein S. 144—167.

5) Mord u. Todtſchlag S. 42 f. vgl. Luden Abh. I. 57 f. Rein S. 146. Not. (wo gerade der Nerv der Sache unberührt bleibt), dag. S. 148. Pfotenhauer Einfl. d. Irrth. b. verſuchten Verbr. S. 124. n. 166.

6) Berner Imput. S. 267 f. Oberflächlich iſt Luden a. a. O. S. 79—81. Noch mehr Hepp im N. Arch. 1846. S. 313—325, welcher überdies gegen Windmühlen ficht. ſ. auch Roßhirt Entw. S. 231. 232, der aber mit Unrecht die Römer gerade hierin beſonders juriſtiſch findet.

aus, daß zwar begreiflich immer irgend eine thatsächliche Aeußerung gefordert [1]), weiterhin aber die Thatseite nur als das untergeordnete Erscheinungsmedium für den verbrecherischen Willen behandelt wurde [2]). Hiernach ist klar, daß der Begriff der Absicht dem römischen Rechte nicht gefehlt haben kann, da sonst von einem Beweise des dolus ex re nicht die Rede sein könnte [3]). Ebensowenig aber war er zu seinen Konsequenzen entwickelt, worin vor Allem die selbständige Berechtigung der Thatseite gelegen hätte. Deshalb ist zu behaupten, daß in dem römischen Begriff des dolus das subjektive Moment des Vorsatzes überwiegt. Hiefür sprechen a) die Formeln, in welchen das röm. Recht den dolus zu bezeichnen pflegt [4]): voluntate, consulto, proposito, sponte, data opera, fraude, sciens, sciens prudensque, sciens dolo malo, voluntas nocendi, malus animus, consilium. In allen diesen Bezeichnungen drückt sich gerade das Wesen des Vorsatzes aus: die Reflexion über die Thatumstände, die Bedingungen und Momente des Handelns, und der Entschluß, in verbrecherischer Richtung thätig zu werden. Der strafrechtliche dolus war hiemit zugleich von dem civilrechtlichen hinreichend unterschieden [5]); b) die bis zu Justinian hin trotz der allmäligen Entwicklung der strafrechtlichen culpa im Ganzen stehengebliebene einfache Entgegensetzung von dolus und casus; c) der Umstand, daß die unten zu beschreibenden Mittelstufen zwischen dem Vorsatz (propositum) und der reinen culpa, — der impetus und die luxuria — unter die culpa subsumirt wurden.

C) Absicht. (Dolus).

§. 70.

Durch die Erfahrung gewitzigt, daß die vom Naturgesetze beherrschte äußere Welt kein selbstloses Instrument für den Willen sei,

---

1) L. 18 D. de poen. (48. 19) u. a. Stellen bei Rein S. 127—129.

2) Mord u. Todtschl. S. 112 f. Rein S. 118. f. die Lehre vom Versuch. — Cic. p. Mil. 7. p. Tull. 22. de inv. II, 7. 33. Sen. de ira I, 16. II, 26. 31. Juven. Sat. XIII, 208 sq. Paul. R. S. V, 23, 3. L. 1. §. 3. l. 7. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 5. pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). l. 1. C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26). L. 1. pr. D. de extr. crim. (47. 11). Coll. I. 7, 6. Gaj. IV. 178. l. 225. D. de V. S. (50. 16).

3) Cic. p. Tull. 10 sq. ad Herenn. I, 14. II, 3. 4. 14. L. 1. §. 2 D. de doli mali exc. (44. 4). l. 1. §. 3 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Wening im N. Arch. II. 194—237.

4) L. 1. §. 3. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 5 C. eod. (9. 16). — Paul. R. S. V, 3, 6. L. 14 §. 9 D. de aed. ad. (21. 1). L. 5. §. 2. l. 11 §. 2. D. de poen. (48. 19). l. 6 D. de susp. tut. (26. 10). l. 225. D. de V. S. (50. 16). l. 7. §. 3. C. Th. de haeret. (16. 5). — L. 1. D. de leg. (1. 3). l. 16 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). — Gaj. IV. 202. §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). — L. 1 C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). — Paul. R. S. I, 9. 6. L. 1. §. 3. l. 2 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). L. 12 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 9 C. eod. (9. 9). l. 1. 6. §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). l. 53. §. 10 D. de furt. (47. 2). l. 9 D. de incend. (47. 9). l. 1 C. de sep. viol. (9. 19). l. 1 C. de his qui latr. (9. 39). l. 9. §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). — L. 3. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 2. §. 2. D. vi bon. rapt. (47. 8). Cic. p. Tull. 10. 13. 14.

5) s. bes. Cic. de off. III. 14. L. 1. §. 2 D. de dolo (4. 3). l. 7. §. 9 D. de pact. (2. 14). l. 26 D. de V. O. (45. 1). L. 4 D. de doli mali exc. (44. 4). j. l. 13. §. 9 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 2. §. 8 D. vi bon. rapt. (47. 8).

erkennt der Menſch, daß das ſubjektiv willkührliche Maß ſeines Vorſatzes nicht das Maß der Zurechnung ſeiner That ſein könne. Ebenſo gewiß iſt ihm aber das Andere, daß der Wille das bewegende Prinzip in der Handlung iſt (§. 58) und darum ſelbſt an der eigenen objektiv innerlichen Natur der letzteren keine abſolute Schranke hat, ſondern aus ihr ſich zum Selbſtgenuß in ſich zurücknimmt. Der Wille, ſo der objektiven Natur der Dinge als einer keineswegs ſchlechthin durch ihn beſtimmbaren, ebenſowenig aber ihn zu abſorbiren fähigen gegenüber ſtehend, findet eben an ihr das Maß ſeiner rechtlichen Verantwortlichkeit (§. 56), indem er als Abſicht eben nur die objektive Natur einer beſtimmten Handlung zum Inhalte ſeines Vorſatzes macht. Sowie nun aber der Wille über dieſes Maß hinausſchreitend ſtets ſich ſelbſt zu ſeinem Ziele macht (als Zweck), ſo kann er auch — als Einheit von Wiſſen und Wollen — unter jenem Maße zurückbleiben, indem entweder die objektive Natur der Handlung zwar gewußt, aber nicht gewollt, oder aber dieſelbe zwar gewollt, aber nicht deutlich gewußt wird (luxuria, impetus). Der Prozeß des Willens gegenüber der objektiven Natur der Dinge verläuft ſich ſonach in drei Stadien. 1) Mittelſtufen zwiſchen culpa und dolus, — 2) (Formelle) Abſicht — dolus, 3) (Materielle) Abſicht, Zweck [1]).

1) Mittelſtufen zwiſchen culpa und dolus.

§. 71.

a) Die kulpoſe Handlung als ſolche iſt ſtets eine unabſichtliche, weil das Weſen der Abſicht gerade die Einſicht in den naturnothwendigen Zuſammenhang der Handlung zur Vorausſetzung hat, beim kulpos Handelnden aber mittelſt eines vermeidlichen Irrthums die Wahrnehmung der Bedingungen fehlt, aus deren Zuſammenwirken mit ſeinem Handeln ſofort nach dem Naturgeſetz der rechtsverletzende Erfolg entſtand. Er hat dieſen Erfolg nicht poſitiv gewollt und konnte ihn nicht wollen, weil er ihn nicht vorhergeſehen hat, obwohl er ihn hätte vorherſehen können. Seine Schuld beſteht eben in dem

1) ſ. die zu §. 64 angef. Liter. Dazu Kleinſchrod I. §. 14 f. Renazzi Elem. I. c. 5. Gönner Reviſ. d. Begriffs d. dolus. Tittmann I. §. 101 f. Henke I. §. 54 f. Schröter §. 65 f. Wächter I. §. 78 f. Jarcke I. §. 27. Martin §. 34 f. Abegg §. 83 f. Heffter §. 63 f. Rosendael de dolo in del. D'Anethan de meditato del. Mittermaier im N. Arch. II. 515 f. Weber eb. VII. 549 f. Roßhirt eb. VIII. 369 f. Kitka eb. 1835. S. 219 f. Birnbaum eb. 1837. S. 276 f. 473 f. Zeiller in Pratob. Mat. VIII. nr. 5. Stöckhardt in Elvers Themis. II. nr. 9. Luden Hdb. I. 237 f. Schaffrath Thatbeſtand §. 297. Berner Imput. S. 178 f. Kitka in: der Juriſt. 1842. S. 42 f. Zirkler in Weiskes Rechtslex. III. 466 f.

Nichtaufmerken auf die in seiner eigenen Handlung eingeschlossenen Bedingungen jenes Erfolgs. Von dem Falle des kulposen Handelns unterscheidet sich hiernach wesentlich der Fall, wenn der Handelnde diese Bedingungen bedacht, gleichwohl aber in der Hoffnung, daß der Erfolg nicht eintreten werde, in frevelhaftem Leichtsinn die als gefährlich erkannte Handlung ausgeführt hat (luxuria). In dem Bewußtsein über die objektive Natur der Handlung liegt das, was diese Schuldform über das Gebiet der culpa hinausrückt. Dagegen unterscheidet sie sich von der Absicht (dolus) dadurch, daß der Handelnde gerade die Konsequenz jener objektiven Natur der Handlung zu vermeiden hofft. Offenbar steht aber diese Schuldform dem dolus sehr nahe und setzt, damit sie nicht geradezu in ihn sich auflöse, zweierlei voraus: 1) daß der Erfolg nicht als ein wegen Vorliegens sämmtlicher Bedingungen seiner Wirklichkeit unvermeidlicher (nothwendiger), sondern bloß als ein möglicher (weil es an der vollen Summe der Bedingungen fehlte) vorhergesehen wurde; 2) daß auch der als bloß möglich vorhergesehene Erfolg nicht (auch nicht eventuell) gewollt wurde. Ein Wollen desselben liegt aber auch schon dann vor, wenn der Handelnde nur gegen den Eintritt des Erfolgs gleichgiltig war. Daher kann luxuria nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen ist, daß der Handelnde den Erfolg abzuwenden gestrebt oder mindestens ein bestimmtes Interesse gehabt habe ihn zu vermeiden.

1) Die klassischen Namen für diese Schuldstufe (luxuria, lascivia) stammen aus dem römischen Recht [1]), ohne daß man in diesem einen genauer abgegrenzten Begriff derselben nachzuweisen vermöchte, da vielmehr die qualitative Bezeichnung offenbar in der bloß quantitativen (culpa lata, dolo proxima) sich verflüchtigt [2]). Jedenfalls achtete das röm. Recht dieselbe für strafbarer, als bloße incuria, negligentia, ignorantia [3]), zählte sie aber auch nicht zu dem dolus [4]), den es als Vorsatz auffaßte. Auch die P.G.O. deutet in den Art. 134. 136. 146. („leichtfertiglich, verwegentlich, vorhergehende Warnung, Geilheit") eine Schuldstufe an, die höher sei, als die bloße Unfürsichtigkeit [5]). Sie setzt sie dem Fürsetzlichen, Geverlichen entgegen, womit jedoch nicht gesagt ist, daß sie dieselbe geradezu als culpa [6]), sondern nur, daß sie dieselbe nicht als dolus, namentlich nicht als

1) L. 11 D. de incend. (47. 9). l. 4. §. 1. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). Coll. I. 11.

2) s. die angef. Stellen j. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 12 pr. D. de cust. reor. (48. 3). Coll. XIII. 5. Ziegler quaest. nr. I. Heffter §. 67. n. 2. Berner Imput. S. 281—283. Heusler l. c. p. 8 sq. Mittermaier n. 2. z. F. §. 56.

3) A. M. Luden Hdb. I. 268. n. 5. s. dag. Birnbaum N. Arch. XIII. 263. n. 71.

4) A. M. zum Theil Heffter §. 96. n. 1.

5) Birnbaum a. a. O. S. 264. 265.

6) Dagegen spricht besonders das Projekt v. J. 1529. Art. 137. [143]. Birnbaum a. a. O. S. 255. 256. Hier stand die Geilheit noch dem impetus gleich.

propositum auffaſſe. — Wenn ſie dieſelbe übrigens der culpa näher, als dem dolus ſtellt [1]), ſo ſcheint dies im Sinne der italieniſchen Praktiker geſchehen zu ſein, welche in dieſer Lehre faſt durchgängig ſich an den Buchſtaben des römiſchen Rechts halten [2]). Zwar findet ſich ſchon bei einigen von ihnen [3]) die erſte Spur der Auffaſſung des Begriffs der Abſicht. Allein die beſtimmtere Lehre vom dolus indirectus gehört erſt der deutſchen Jurisprudenz und blieb hier die herrſchende bis zum Ende des v. Jhs. Was nun übrigens den Fall der luxuria betrifft, ſo tritt er in dieſer älteren Doktrin keineswegs in ſeiner Eigenthümlichkeit heraus. Sie ſtellte ihn bald unter die culpa, bald unter den dolus; jenes dann, wenn es ſich eben nur von einer gefährlichen Handlung (ohne Begleitung einer doloſen) handelt, dieſes wenn die luxuria in Konkurrenz mit einer doloſen Handlung auftritt [4]). Im erſteren Falle wurde dann aber keineswegs zwiſchen Bewußtſein oder Nichtbewußtſein von der gefährlichen Natur der Handlung unterſchieden, vielmehr Alles auf den Unterſchied des versari in re lic. u. illic. (locus, tempus, modus) und der culpa latissima, lata, levior, levis, levissima geſtellt [5]), und dabei der Unterſchied zwiſchen lascivia und imprudentia nur nebenbei und ohne beſtimmte Auffaſſung ſeines Weſens mit aufgeführt [6]). Im andern Falle wußte ſie ebenſo wenig den Begriff der luxuria von dem des dolus abzugrenzen. Von der richtigen Anſicht ausgehend, daß die Abſicht aus der Natur der Handlung erſchloſſen werden könne, fehlte ſie darin, daß ſie ſofort die verſchiedenen Fälle nicht gehörig ſonderte. Zwar wurde der Begriff des dolus indirectus ganz richtig in dem Falle ausgeſchloſſen, wenn entweder der Erfolg nach der Beſchaffenheit der Handlung an ſich ein ſehr unwahrſcheinlicher war, oder erſt dem Eintritt einer der Natur der Handlung ſelbſt fremden, wenn auch etwa vorausſehbaren Bedingung zuzuſchreiben iſt [7]). Dagegen wurde im Uebrigen nicht unterſchieden, ob der Erfolg unvermeidlich oder bloß wahrſcheinlich war, und ob letzteren Falls der Handelnde ihn wirklich vorausſah, oder nur hätte vorausſehen können oder ſollen [8]). Wenn aber auch ſpäter der erſtere Unterſchied gemacht wurde [9]), ſo gieng man doch nicht zum lezteren fort, ſondern beſtand darauf, daß bei einer gefährlichen Handlung überall mindeſtens eventueller dolus angenommen werden müſſe, falls nicht der Handelnde in re licita verſirt habe oder aus den Umſtänden

1) ſ. das angef. Projekt und P.G.O. Art. 146.

2) ſ. z. B. Clarus §. homicid. n. 1 sq.

3) Aeg. Bossius de homic. n. 71 sq. vgl. Gomez var. resol. III. 3. n. 17. 18. und Bald. u. Salyc. ib. cit. vgl. ſelbſt Clar. §. fin. qu. 89. n. 5 (beim Mandat). Carrer. pract. §. homic. 5. nach n. 63. §. circa n. 73. Monticell. prax. crim. reg. 7. n. 58 sq. Menoch. cas. 352. n. 3. und die Consil. b. Bajard. ad Clar. l. c. Drogh. ib. Caepoll. Cons. 35—38.

4) Auch ſolche Fälle rechneten Clarus u. a. Italiener noch zur culpa §. homic. n. 5. ſ. jedoch vor. Note; beim Mandatsexzeß macht ſchon Clar. die Folgen des actus ex sui natura geltend, die zum dol. zu imputiren ſeien.

5) Carpzov qu. 37. n. 9. 29—31.

6) Schilter Exerc. ad Pand. 49. §. 124. Leyser sp. 602. med. 10—13. 24. Böhmer med. ad art. 146. §. 4. ad art. 137. §. 6. nr. I. ſ. dag. ſchon Caepoll. Cons. 30. 31.

7) Bossius l. c. n. 75. Carpzov qu. 1. n. 62. 63.

8) Carpzov qu. 1. n. 28 sq.

9) ſ. beſ. Böhmer Elem. S. II. §. 202. not. Ad Carpz. qu. 94. 1. obs. 2. und Med. ad art. 137. §. 6. vgl. Leyser Sp. 660. med. 35.

gewiß ſei, daß er das größte Intereſſe gehabt habe, den Erfolg zu vermeiden (resp Affekt od. dgl. eingetreten ſei) [1]). So viel nun auch hierin Richtiges liegt (ſ. den §. a. E.), ſo lag darin doch eine unſtatthafte Vermiſchung des dol. eventualis mit der luxuria und eine praesumtio doli bei einem nicht unvermeidlichen Erfolg und nicht erwieſener Gleichgiltigkeit gegen die Folgen. Namentlich iſt dies in der Diſſert. von Gläntzer (Nettelbladt) der Fall [2]), deren Aufſtellungen ſofort gegen Ende des v. Jhs. Gegenſtand entſchiedener Angriffe wurden [3]). Der Werth dieſer Angriffe iſt jedoch noch immer ſehr überſchätzt [4]). Denn obwohl man Recht hatte, wenn man nach und nach — übrigens keineswegs zuerſt [5]) und ſtets mit Klarheit — aus dem älteren Begriffe des dolus indirectus manche Fälle ausſchied, die keineswegs zuſammengeworfen werden dürfen (namentlich den bloß ex re bewieſenen direkten dolus [6]), den dolus eventualis [7]) und die Fälle der Konkurrenz von dolus und reiner culpa [8]), ſo hat man doch gerade den richtigen Grundgedanken der älteren Theorie, der in der Erweiterung des Begriffs des dolus als bloßen Vorſatzes zu dem Begriff der Abſicht beſteht [9]), nicht verſtanden und iſt eben deshalb den Schuldſtufen des impetus und der luxuria nicht gerecht geworden, welche die ältere Theorie in dem ganz richtigen Bewußtſein, daß hier mehr als bloße culpa vorliege [10]), mit unter den indirekten dolus ſubſumirt hatte. Den Hauptfehler, daß nur dolus und culpa, nicht aber Mittelſtufen zwiſchen beiden anerkannt werden [11]), theilt jedenfalls die neuere Doktrin

---

1) Böhmer l. c. Leyser Sp. 16. med. 5. Sp. 602. med. 17. Sp. 603 (ſehr intereſſant). Berger Electa p. 91. Struv. obs. crim. c. 7. §. 26. Püttmann Elem. §. 36. n. 17. Koch Instit. §. 439 sq. Quiſtorp I. §. 35. Klein Grundſ. §. 122. 123. vgl. Henke Geſch. II. 270—272. 340 f.

2) D. de homic. ex intent. indir. commisso. 1756. Nettelbladt halliſche Beitr. z. Jur. Gel. hiſtorie II. 572 f. Hier iſt ſtets poſitives Bewußtſein der Folge gefordert.

3) Chriſtiani im Kiel. Mag. f. Geſch. I. 3. nr. 24. II. 3. Püttmann D. de dist. inter animum occ. dir. et indir. elimanda. beſ. aber Feuerbach in d. Bibl. I. 2. S. 234 f., dem die meiſten Neueren nachgeſchrieben haben. — ſ. dag. Eschenbach de dolo indir. v. Hoff üb. Verbr. aus indir. Abſicht. v. Soden Geiſt d. peinl. Geſetzgeb. I. §. 8—14. Klein Grundſätze §. 123 und Annal. II. 62. III. 52. IV. 70. XII. 159. Kleinſchrod I. §. 18—23. Meiſter N. Arch. I. 106 f. Schröter §. 67. Jarcke I. 196 f. Luden Hdb. I. 254. n. 11.

4) z. B. von Berner Imput. S. 258. ſ. dag. N. Rev. S. 295—330. und jetzt beſ. Krug a. a. O.

5) Selbſt die Erfindung der culpa dolo determ. war ſchon längſt von Beyer ad T. de priv. del. Pos. 2. gemacht.

6) ſ. ſchon Böhmer Elem. l. c. P. v. Lichtenhoff de infantic. b. Püttmann cit.

7) ſ. Böhmer med. ad art. 137. §. 4. Eschenbach p. 71.

8) Dieſen Unterſchied überſah ſelbſt Carpzov nicht, der freilich hier eben wie die Gegner des dol. indir. nur culpa annahm.

9) Die von Feuerbach und Grolman neu begründete praesumtio doli war hiefür ein ſchlechter Erſatz. ſ. das Richtige b. Hegel §. 119, der gerechter iſt, als Berner u. A. ſ. auch Henke I. §. 57 und Luden a. a. O.

10) In demſelben Gefühle der Verlegenheit, wohin dieſe Mittelſtufen zu ſtellen ſeien, machten viele Aeltere aus dem dol. indir. eine bloße praesumtio doli und nahmen, je nachdem dieſe durch die Folter beſtätigt oder entfernt wurde, dolus oder culpa an.

11) Dies hebt jetzt auch Krug hervor, wobei er jedoch gegen die N. Rev. mehrfach ſehr ungerecht iſt.

mit der älteren. Abgesehen nämlich von dem (viel zu weit ausgedehnten Fall) der sog. culpa dolo determinata stellt sie jene Fälle nur entweder unter den dolus, oder unter die culpa. Namentlich mit der luxuria thut ersteres z. B. Klein [1]) (obwohl er sie vom dol. event. richtig unterscheidet), lezteres dagegen Feuerbach und mit ihm die große Mehrzahl der neueren Kriminalisten [2]). Gleichwohl ist auch hierbei ein Fortschritt insofern zu bemerken, als von der einen und andern Seite her der Fall entweder als leichterer dolus, oder als schwerere culpa bezeichnet wird. Hiemit ist in praktischer Beziehung, d. h. in der zulezt allein entscheidenden, das Richtige zugegeben, — daß die luxuria [3]) eine Mittelstufe zwischen dolus und culpa bilde, was nur aus theoretischem Eigensinn nicht systematisch fixirt wird [4]) (freilich nicht ohne großen praktischen Nachtheil, da die Gesetzgebung sich leicht dadurch verführen läßt, die luxuria mit zu hohen oder — nach der Mode des Tages — mit zu geringen Strafen zu bedrohen) [5]). — Indessen fehlt es auch nicht an Theoretikern, welche von den Fesseln der Feuerbachischen Schuldlehre sich insoweit zu befreien gewußt haben, daß sie die Zwischenstellung der vorliegenden Schuldstufe mehr oder minder deutlich aussprachen [6]). — Von den neueren Gesetzgebungen stehen die früheren noch auf dem Standpunkte der Annahme eines dol. indir., daher sie kein Bedürfniß hatten, die luxuria besonders hervorzuheben, wo sie in Verbindung mit dolus auftritt; die einfache erwähnen sie nicht [7]). Das Bair. (und nach ihm das Hannövr.) GB. führt sie als einen Fall der c. lata auf. Das sächs., hess., braunschw., bad. GB. heben sie nicht hervor [8]); dagegen geschieht dies im Wirtemb. (aufgehoben) und (indirekt §. 45) im thüring. GB. [9])

2) Hält man, wie man muß, an den im §. a. E. angegebenen Bedingungen fest [10]), so wird der Fall der einfachen luxuria ein ziemlich seltener sein, vielmehr

---

1) Grundsätze §. 121—123. Ebenso v. Almendingen Bibl. II. 2. S. 16—18. 46. 63. Konsequenter Weise sollte es auch Grolman thun, da er mit v. Soden von „einwilligender Schuld" spricht. Grundsz. §. 48. not. a.

2) Die Originalität zeigt sich nur in der Titulatur: nahe, unmittelbare, bewußte, proxima culpa, Fahrläßigkeit, Frevelhaftigkeit, Muthwille ꝛc.

3) zunächst für sich, und noch abgesehen von der sog. culpa dolo determ., welche Fälle die ältere Doktrin sehr mit Recht auseinanderhielt.

4) Der Einwurf hiegegen von Berner Theiln. S. 142. 143. ist nichtssagend, da der Unterschied des dol. determ. u. eventualis mit dem zwischen luxuria u. reiner culpa nicht zu vergleichen ist. Hebt doch auch B. das Positive in dem animum advertere richtig heraus.

5) A. M. Berner eb. S. 154. s. aber Hufnagel Str.GB. mit Anm. S. 60. not. 1. 2. u. bes. Feuerbach nachgel. Entwurf IV. art. 4.

6) s. Weber N. Arch. VI. 347. 348. VII. 571—573. vgl. eb. VIII. 350. Wirth Ethik I. 133. Hefftter §. 67. 70. not. 7. Roßhirt Gesch. und Syst. II. 213. N. Rev. S. 306. 307. (Jarcke I. §. 28. hat gerade die luxuria nicht gehörig gewürdigt, während er im Uebrigen ganz auf dem richtigen Wege war). Baumeister Beitr. §. 4—6. Breidenbach I, 2. S. 19. 20.

7) s. bes. das Preuß. LR. II, 20, §. 28.

8) ebenso der sächs. Entw. Natürlich auch nicht das preuß. GB. u. der bair. Entwurf.

9) daß die luxuria nach allen neueren Gesetzgebungen im Durchschnitt viel zu gering bestraft wird, ist nicht zu läugnen. s. Mittermaier n. 2. z. F. §. 58.

10) Breidenbach a. a. O. u. S. 57—59. Verwirrt ist diese Grenze bei Baumeister a. a. O., schon in Beziehung auf das, was er als luxuria aufführt, noch mehr hinsichtlich dessen, was er Ruchlosigkeit nennt. vgl. Erachten üb. d.

wegen Gleichgiltigkeit gegen die Folgen dol. eventualis angenommen werden müſſen. Eben deshalb ſollten aber auch die Strafbeſtimmungen für beiderlei Fälle einander viel näher gerückt ſein, als es derzeit überall der Fall iſt.

§. 72.

b) Dem Fall des frevelhaften Handelns gegenüber ſteht der des Handelns im Affekte (impetus). Im erſteren Falle lag der mögliche rechtsverletzende Erfolg einer an ſich gefährlichen Handlung im Wiſſen, aber nicht im Willen. Im letzteren dagegen lag der unvermeidliche Erfolg einer an ſich rechtswidrigen Handlung im Willen, aber nicht, d. h. nicht deutlich im Wiſſen. Dieſes Handeln unterſcheidet ſich vom kulpoſen weſentlich dadurch, daß der Wille poſitiv auf die Handlung gerichtet war, welche die Rechtsverletzung als unausbleiblichen Erfolg in ſich ſchloß. Dagegen erreicht es auch noch nicht den Begriff des abſichtlichen Handelns, welches — ſowohl bei beſtimmter als eventueller Billigung des Erfolgs — das deutlich entwickelte Bewußtſein der objektiven, dieſen Erfolg als nothwendig in ſich ſchließenden Natur der Handlung vorausſetzt [1]). Denn gerade dieſes deutliche Bewußtſein fehlt bei dem im Affekte Handelnden, welcher die Handlung vielleicht unterlaſſen haben würde, wenn er ſich ihre Konſequenz klar hätte vorſtellen können. Daß er dies nicht vermochte und infolge hievon eine Wirkung hervorbringt, die er bereuend als die ſeinige von ſich abwälzen möchte, — dies iſt eben die Macht des das Bewußtſein trübenden, die Möglichkeit der Ueberlegung aufhebenden Affekts, welchem ſich preisgegeben zu haben, dem Handelnden als culpa zuzurechnen iſt.

1) Die Hauptſache, daß der impetus eine Mittelſtufe zwiſchen reiner culpa und reinem dolus (propositum) bildet, iſt von dem poſitiven Rechte aller Zeiten unbedenklich anerkannt. — Mag auch, was das römiſche Recht betrifft, zur Zeit des ordo judic. publ. das Handeln im impetus dem doloſen Handeln gleichgeſtellt

---

Einführung eines Krim.GB's in Mekleub. S. 109. Krug S. 31. 32. 40—42, wo aber die Polemik gegen die N. Rev. gänzlich verfehlt iſt. Denn, wenn dort auch die luxuria unter die (unpaſſende) Rubrik: dol. indir. geſtellt wurde, ſo zeigte ja die Ausführung deutlich genug, daß ſie keineswegs mit dem, was man gewöhnlich unter dolus verſteht, identifizirt, ſondern auf's Beſtimmteſte von ihm unterſchieden, als geringere überwiegend kulpoſe Schuldſtufe dargeſtellt wurde! vgl. Berner Theilnahme S. 142. Im Gegentheil hebt gerade Krug die im Ganzen richtig geſetzte Grenze zwiſchen luxuria und dolus durch die unbegreifliche Behauptung wieder auf, daß auch in der luxuria eine eventuelle Ergebung in den Erfolg liege. (S. 2. 24. 25. 74., wo ich zugleich mit für Berner, der nicht erwähnt wird, herhalten muß). Auch Müller Verbr. geg. die Integr. d. Eiſenbahnen S. 121 ff. mißverſteht das in der N. Rev. Ausgef., und trägt dem a. E. des §en Geſagten zu wenig Rechnung. ſ. dag. Krug S. 80.

1) Die Polemik bei Berner Theilnahme S. 116—118 kann ruhig dem öffentlichen Urtheile überlaſſen werden.

worden sein[1]), so wurde doch, seit überhaupt eine feinere Entwickelung des Schuldbegriffs möglich wurde, diese Gleichstellung aufgehoben und der impetus zwischen propositum und reiner culpa als Mittelglied aufgeführt, wobei denn nach dem Grundcharakter des röm. Rechts, das den dolus als propositum auffaßt, der impetus nur der culpa als ihr höchster Grad zugetheilt werden[2]) kann. — Die feinere psychologische Würdigung des Affekts darf unfehlbar im älteren germanischen Rechte noch nicht gesucht werden. Jedenfalls umfaßt der astus animus[3]) ein Mehreres (wahrscheinlich jede offene, nicht hinterlistig, boshaft, oder mit unehrlichen Mitteln, nach vorausgegangener Aufreizung zugefügte Verletzung)[4]). Gleichwohl tritt schon damals die eingeschränktere Auffassung des astus animus als iratus animus im Gegensatz von berathenem Muth, Vorbedacht hervor, und zwar so, daß das Handeln in jenem für weit geringer strafbar erklärt wird, als das Handeln mit Vorbedacht[5]). Nur ist dies Hervortreten sowenig als in den Rechtsdenkmalen des Mittelalters ein dem Gedanken genügendes, da es sich gemäß dem die Thatseite voranstellenden Charakter des deutschen Rechts vorerst in sinnliche Formen kleidete[6]) (Verletzung ohne Beleidigung, kaltblütige, grausame Ausführung, unehrliche Vollziehungsmittel, Heimlichkeit der That od. Verheimlichung des Geschehenen, ꝛc. ꝛc.). Doch tritt auch hier das subjektive Moment wenigstens da hervor, wo der verwerfliche weitere Zweck, das eingegangene Komplott ꝛc. ꝛc. über den Vorbedacht keinen Zweifel läßt[7]). Jedenfalls hat die P.G.O. in offenbarer Anschließung an das römische Recht dem unbeholfenen Gedanken des früheren Rechts zur Klarheit verholfen[8]). Denn sie nimmt im Art. 137 offenbar

---

1) Sehr natürlich, weil es noch keine kriminelle culpa gab. s. Meine Schrift: Mord und Todtschlag S. 194—202. (bes. die dort citt. Stellen von Cicero).

2) Ebend. S. 161—191. 202 f. A. M. Luden Hdb. I. 257. n. 6. Elvers prakt. Arbeiten S. 231—259. s. aber auch Roßhirt N. Arch. VIII. 391. 392. u. Entw. S. 69—76. Rein S. 210—213. Platner quaest. p. 307. Krug S. 77. 78.

3) Ganz allgemein = voluntas kommt es doch wohl nur selten vor, und hängt, wo es vorkommt, mit der Vorstellung zusammen, daß der gewöhnliche Ursprung der Uebelthat in dem Zornmuth liege. Wilda S. 561. vgl. 576. Ed. Roth c. 146. 252. 349. 350. j. c. 34. 43. 282. u. L. Alam. LIX, 1. L. Fris. XXII, 1.

4) Im Gegensatz von dem, was sine causa, damnabili causa, verübt wurde, Decr. Childeb. II. a. 596. c. 5. (P. I. p. 10). L. Burg. II, 1, 2. Regino II, 11., sowie von dem heimlichen Handeln. L. Alam. V, 2. L. Bajuv. VIII, 10. XIII, 11. §. 2. Wilda S. 563—570.

5) L. Alam. X. XLI, 1. Jüt. Low. II, 30. L. Henr. I. 80, 14. Ed. Roth. c. 34. 282. L. Wisig. VI, 4. c. 3. v. Richthofen fries. Wörterb. v. Mod. Ire. Wilda S. 560—562. Auch hier kommt dann aber vor, daß der Thäter gehalten ist, seine That selbst aus freien Stücken zu verkünden. eb. S. 577. 578.

6) Konfus dargestellt b. Trummer Vorträge I. 393 f. vgl. III. 388—392. u. noch mehr b. Mittermaier n. 1. z. F. §. 54. s. dag. schon Birnbaum N. Arch. XIII. 254. S. 253. n. 55. u. Lappenberg Einl. z. d. Hamb. RR. S. 1 ff. — s. die Utrechter Stat. u. das Limburger LR. ꝛc. b. Birnbaum a. a. O., Hamb. Urkunde 1292 b. Lappenb. Urk.Buch I, 861. Schwäb. LR. c. 174. Wiener Stadtr. 1221. c. 29 (Gaupp II. 245). Gosl. Stat. (Gösch.) 91, 24—36. Ostfries. LR. (v. Wicht) III. c. 91. vgl. III, 17. 18.

7) Gloss. z. sächs. LR. II, 13, §. 4. L. Alam. XLI, 1. vgl. Hamb. Stadtr. b. Trummer I. 395.

8) Ueber die entgegenstehenden Ansichten von Jarcke u. Birnbaum s. Meine Schrift: Mord u. Todtschlag S. 1—16.

den Gegenſatz zwiſchen propositum und impetus auf und ſetzt den Schuldgrad des letztern entſchieden unter den des erſteren [1]). —

2) Gleichwohl hat die ältere Doktrin und Praxis hier ebenſo wie bei der luxuria den Fortſchritt der P.G.O. nicht gehörig gewürdigt und in der eingefleiſchten Tendenz, der Thatſeite das Uebergewicht einzuräumen, den Fall des impetus einfach dem Begriff des dolus indirectus ſubſumirt, dabei aber doch das Gefühl gehabt, daß es ſich hier von einer Mittelſtufe zwiſchen dolus und culpa handle [2]). Auf demſelben Standpunkt, nur ohne jenes Gefühl, ſtehen auch die meiſten Geſetzgebungen bis zum laufenden [3]) Jahrh. Die Folge davon war, daß ungerechter Weiſe und gegen den Willen der P.G.O. das impetu begangene Verbrechen ebenſo ſtreng beſtraft wurde, als das in dolo dir. verübte [4]). Die Angriffe auf den dolus indirectus hatten jedenfalls das Gute, daß nunmehr auch das Handeln im impetus aus ſeiner Vermengung mit verſchiedenen andern Schuldformen losgetrennt und Gegenſtand eigenthümlicher Beurtheilung wurde. Feuerbach [5]) namentlich glaubte nun, den impetus einfach unter der Rubrik des dolus indeterminatus unterbringen zu können, jedoch mit Unrecht, da mindeſtens ſeine Definition des dolus kaum mit der Natur des Affekts vereinbar, der impetus überdies wieder mit andern viel ſtrafbareren Fällen in Eine Klaſſe geworfen war und eben wegen der einſeitigen Auffaſſung des dolus bei Feuerbach viele, ja wohl die meiſten Fälle des impetus zur bloßen culpa d. det. herabſinken mußten [6]). Andre haben daher die Eintheilung des dolus in praemedi-

---

1) Die P.G.O. thut dies unter ausdrücklicher Mißbilligung entgegenſtehender Gewohnheiten, und das Projekt v. 1529 zeigt, daß man ſogar die luxuria dem impetus gleichſtellen wollte. ſ. auch Zöpfl Bamb. R. S. 112—114.

2) ſ. beſ. Böhmer ad art. 137. §. 4. Nettelbladt Diss. §. 44. Leyser sp. 603. n. 4. Steinmetz D. de imput. doli indir. 1789. p. 39. vgl. Püttmann, Eschenbach l. c. Klein Annal. III. 17. IV. 78. IX. 334. ſ. auch Clarus §. homic. n. 1 sq., der das homic. dolosum in rixa ob. calore iracundiae neben das homic. culposum, und dem homic. deliberatum (ex proposito) entgegenſtellt. Bei erſterem ſei Begnadigung gewöhnlich, nicht bei letzterem.

3) Die ältere Anſicht, welche die Prämeditation in anderweitigen Kennzeichen ſuchte, zeigt ſich namentlich in der Beſchränkung des Begriffs des Mords auf Raubmord, Meuchelmord u. dgl., was ſelbſt bei ſolchen Schriftſtellern vorkommt, die den dol. indir. vom dol. dir. unterſcheiden. ſ. z. B. Kurpfälz. LR. 1582. V, 16. 17. Herz. preuß. LR. 1620. VI. Tit. 5. Art. 1. §. 5. Bad. LR. VII, 17. C. Maxim. c. 3. §. 11 f. Der Geſichtspunkt des dol. indir. macht ſich offen geltend eb. §. 2. Theres. I. Art. 3. §. 2. II. art. 83. §. 3. Preuß. LR. II, 20. §. 806. 811—815. Oeſtr. GB. §. 1. 117. 123. u. ſelbſt noch Bair. GB. Art. 41. 149.

4) Einige älteren Geſetzgebungen folgen allerdings der P.G.O., z. B. das Hamb. Stadtr. 1603. IV, 16. 17. Das öſtr. GB. ſetzt nicht den impetus, ſondern die Tödtung aus c. d. det. niedriger in der Strafe. Dagegen thut jenes das Bair. Art. 151, welches hiemit den impetus von dem dol. indir. ablöst.

5) Bibl. II, 1. S. 231 f. Lb. §. 59. n. 1. vgl. Grolman §. 52. Zachariä Verſuch I. §. 30. (wo aber vom impetus geſagt wird, daß er auch unter den Fall des dol. determ. fallen könne. — vgl. Bauer Abh. I. S. 274. 275). Derſelben Meinung, wie Zachäria, ſind Berner Theilnahme S. 125. 126. u. Krug S. 44. Die Braunſchw. Mot. führen ſogar die Eintheilung in d. praemed. u. repent. nur unter der Rubrik des d. determ. auf.

6) Daher die Erſcheinung, daß auf den Grund der neueren auf F. fußenden Geſetzgebungen der Todtſchlag in der Regel nur als Tödtung aus c. d. d. beſtraft wird. ſ. §. 76. Anm. 2.

tatus und repentinus zu einer selbständigen neben der in determ. und indeterm. erhoben [1]). Indessen verhehlte sich Feuerbach selbst nicht, daß die Handlung im impetus von der dolosen wesentlich verschieden, daß ein kulposes Element darin sei [2]). Schon Christiani hatte behauptet, daß der dol. indir. überhaupt sich stets in bloße culpa auflöse [3]). Kleinschrod rubrizirte den impetus theils unter den dol. event., theils unter die culpa [4]), Schröter nur unter die leztere [5]). Werner sprach von einem dolus culpa determinatus [6]). Richtiger dagegen haben Andre behauptet, daß der impetus (wie die luxuria) eine Mittelstufe zwischen dolus und culpa bilde [7]), und es ist wiederum nur ein theoretischer Eigensinn, wenn dies von den meisten neueren Rechtslehrern nicht anerkannt wird, während sie doch das praktische Moment, d. h. die weit geringere Strafbarkeit der impetu begangenen Handlungen, ebenso bereitwillig zugeben [8]), wie es die neueren Gesetzgebungen namentlich bei Gelegenheit der Tödtung und Körperverletzung, und außerdem bei der allgemeinen oder wenigstens theilweisen Aufführung des Affekts als Strafmilderungsgrunds thun [9]).

2) Formelle Absicht (Dolus).

§. 73.

Das in den beiden vorigen Schuldformen sich kundgebende Mißverhältniß zwischen Wissen und Wollen hebt sich zur gleichgewogenen Einheit beider Momente auf in dem Begriffe der Absicht

---

1) Mittermaier im N. Arch. II. 530—532. Weber eb. VII. 563. 564. Martin §. 34. Abegg §. 83. Anm. §. 84. Bauer Abh. I. 272 f. Heffter §. 65. 66. Marezoll S. 105. 106. Berner Imput. S. 181 f. Andre begnügen sich, den Affekt unter den Mild.gründen aufzuführen (z. B. Tittmann, Henke, Wächter ꝛc.).

2) Krim. Rechtsfälle II. 166. Luden Hdb. I. 255—258 verkennt gerade dies. s. dag. N. Rev. S. 297—299.

3) s. übrigens Krug S. 19.

4) Syst. Entw. I. §. 14. 20.

5) Hdb. S. 112. n. 1 u. §. 126. s. auch Ziegler Theilnahme am Verbr. S. 90—92.

6) Hdb. §. 274.

7) Roßhirt im N. Arch. VIII. 377 f. Jarcke I. §. 28. N. Rev. §. 111. 112. vgl. Marezoll S. 108, n. 1. Baumeister Bemerk. 1. S. 37. 38. u. selbst Bauer a. a. O. u. Vergleich d. urspr. hann. Entw. S. 129. 130. Wirth Ethik I. 134.

8) s. z. B. Martin §. 34. 61. Heffter §. 97. Marezoll S. 105. n. 5. Luden Hdb. I. 255 f. vgl. auch Zirkler im Rechtsler. III. 494 f.

9) Wesentlich dasselbe, was hier (vgl. N. Rev. §. 111) vom impetus behauptet ist, wird von Krug allgemeiner von der unbestimmten Absicht (dol. generalis) auszuführen gesucht. Der Unterschied ist daher nur, daß er noch in einigen weiteren Fällen (außer dem Fall der „Frau v. Reibnitz“ wird es nicht viele geben) die fragliche mittlere Schuldstufe annimmt. Hiernach ist es ungerecht, wenn er (S. 76) nur bei Berner eine Erörterung des fraglichen generellen Wollens gefunden haben will, das in der N. Rev. entwickelt und gerade von B. verworfen wurde. Wenn man sich aber das Ignoriren zur Noth gefallen lassen kann, so muß man sich doch gegen offenbare Verdrehungen verwahren, wie sie S. 43. n. 5 vorkommen! s. jetzt auch Otto üb. den Versuch 1854. S. 77.

(dolus), welche nichts Andres, als den durch die objektive Natur der Handlung ſelbſt beſtimmten, d. h. mit deutlichem Bewußtſein auf die Hervorbringung der Handlung ihrem Begriff (ihrer allgemeinen Qualität, ihrem weſentlichen Thatbeſtande) nach gerichteten Vorſatz darſtellt. Die Abſicht iſt hiernach a) ſtets vorſätzlich, d. h. ſie ſchließt jedes kulpoſe Element, direkt und indirekt, von ſich aus. Das Gewollte muß ebenſo deutlich gewußt, als das Gewußte poſitiv gewollt ſein. Sie enthält alſo als charakteriſtiſches Moment die Ueberlegung (propositum, Prämeditation, Berathung). b) Dieſe Berathung hat jedoch jetzt nicht mehr die ſubjektive Willkühr, ſondern die objektive Natur der Handlung zum Maß. Wo nämlich ein Zurechnungsfähiger überall mit Ueberlegung handelt, da kann er nicht die einzelnen Seiten der Handlung auseinander halten, ſondern muß ſie als organiſche Einheit wiſſen und wollen. Ein ſolcher kann ſich daher bei vorliegender Totalität einer in ſich weſentlich einigen Handlung nie mit der Behauptung hinaushelfen, daß ſein Vorſatz nur auf die Veränderung einiger Seiten der Sache gegangen ſei, muß ſich vielmehr durch den inneren Zuſammenhang der Handlung als eines in ſich weſentlichen Ganzen der hierauf gerichteten Abſicht überweiſen laſſen. c) Im Begriff der Abſicht erſcheint ſonach das Recht des Subjekts mit dem der Natur der Dinge als ausgeglichen, und ſie ſtellt mithin auf ſubjektiver Seite die höchſte Schuldform dar. M. Rev. §. 104—107 [1]).

1) Während im öffentlichen Strafrechte der Römer (§. 69 Anm. 2) der dolus vorwiegend ſubjektiv als Vorſatz aufgefaßt iſt, ſo herrſcht im deutſchen umgekehrt von jeher ſeine Auffaſſung als Abſicht und zwar die längſte Zeit ſelbſt mit einſeitigem Uebergewicht des Thatmoments vor (ſ. u.). Indeſſen haben die Ausdrücke für den dolus nichts Bezeichnendes [2]). Volksrechte und Kapitularien bedienen ſich der Ausdrücke: inimicitia, invidia, superbia, praesumtio, despectio, malum ingenium, ausus temerarius, damnabilis causa etc. [3]), wobei bereits bemerkt iſt, daß der Form des astus (iratus) animus das Handeln ex priori disposito, mit bedachtem Muthe ꝛc. als das Schwerere entgegengeſetzt wird [4]). Im MA. kommen für dolus die Ausdrücke: Vorſate, Opſat, Vorrat, Dankes von Willen, Frevel, Schuld ꝛc. vor. In der P.G.O. boshaftig, geverlich, willigklich, fürſetzlich, argliſtig, muthwillig, freventlich, wiſſentlich ꝛc. [5]).

---

1) Hegel §. 118—120. Berner Theilnahme S. 120—124.

2) Das kanon. Recht braucht malum studium, animus laedendi, voluntas propria. Caus. 15. qu. 1. c. 10. Caus. 23. qu. 8. c. 32. Cap. 22. X. de homic. (5. 12).

3) L. Bajuv. XI, 7. §. 1. XIII, 11. §. 2. L. Sal. em. X, 11. XXXVI, 4. XL, 5. Ed. Roth. 360. Decr. Childeb. a. 596. c. 5. (P. I. p. 10). L. Burg. II, 1. 2.

4) Bei Regino wird unterſchieden: spontanea voluntate, diabolo suadente, sponte, voluntarie et per insidias, odii meditatio, — u. dagegen, was per iram et rixam et ebrietatem subito geſchieht.

5) Art. 113—115. 121. 131. 133. 134. 146. 148. 170. 176—178.

2) Der Aufstellung des indirekten dolus von Seiten des älteren Kriminalisten lag der ganz richtige Gedanke zu Grunde, daß der überhaupt vorsätzlich Handelnde den der eigenen objektiven Natur seiner Handlung immanenten Erfolg nicht von sich abweisen könne[1]). Dabei gieng man freilich viel zu weit, indem man auch bei bloß als möglich vorhergesehenen oder vorhersehbaren Folgen die Einwilligung des Thäters supponirte, d. h. eine unstatthafte praesumtio doli aufstellte und überdies die Schuldformen der luxuria und des impetus mit der des eventuellen dolus und bloßen Fällen der Konkurrenz von dolus und culpa bunt durcheinander warf. Dagegen hat nun Feuerbach bei Bekämpfung dieser älteren (wesentlich im germanischen Rechtsbewußtsein wurzelnden) Theorie offenbar das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Abgesehen von den theilweise offenbar irrigen Argumenten Feuerbachs, hat er gegenüber der von Klein, Kleinschrod, Grolman u. A. vorgenommenen Erbschaftstheilung des indirekten dolus, wobei man immer noch an dem gesetzlichen (ganz richtigen) Unterschied zwischen dolus und culpa festhielt, zuerst mit rückhaltsloser Entschiedenheit das auch von jenen festgehaltene Präventionsprinzip geltend gemacht, d. h. den ganzen bisherigen Unterschied zwischen dolus und culpa weggeworfen, die culpa im Wesen dem dolus assimilirt und den letzteren eben nur als Vorsatz, d. h. als Vorsatz der Gesetzübertretung bestimmt[2]). Der fallen gelassene Begriff der Absicht wurde durch die praesumtio doli ersetzt, und mit Hinzunahme der Aufstellung der culpa dolo determ. schien allen Erfordernissen an eine brauchbare Schuldlehre genügt zu sein. In der That hat auch diese Schuldlehre ein so großes Glück gemacht[3]), daß selbst die Polemik gegen sie bis auf unsre Zeit noch immer in ihren Grundgedanken befangen geblieben ist, obgleich Feuerbach selbst bereits Einräumungen gemacht hat, bei denen das Prinzip nicht mehr bestehen kann. Es sind daher zwar immer mehrere von den Konsequenzen des F'schen Prinzips angegriffen worden; da man aber nicht prinzipiell verfuhr, so ist die Schuldlehre der neueren Doktrin (und folgeweise der neueren Gesetzgebungen) ein eklektisches Aggregat.

3) Die früher herrschend gewesene Meinung, daß zum dolus die Absicht zu schaden gehöre[4]), ist durch die Feuerbachische Lehre verdrängt worden, — zum Theil mit Unrecht, sofern darin jedenfalls die nothwendige Beziehung des dolus auf die objektive Natur der Handlung ihren Ausdruck gefunden hatte[5]), dagegen mit Recht, sofern jene Beziehung auf rohe, für eine Reihe von Verbrechen gar nicht anwendbare Weise[6]) materialisirt, und zugleich die Gefahr gegeben war, die schiefe Vorstellung des (weiterhin mittelst der Handlung bezielten) Zwecks in

---

1) s. auch Krug a. a. O.

2) N. Rev. S. 307—330.

3) s. bes. die Schriften von Kleinschrod, Grolman, Bauer, Oersted.

4) Sie stützte sich besonders auf l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16) u. wurde bes. im französ. Rechte eifrig festgehalten. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 300 f.; sie findet sich aber auch im Pr. LR. II, 20. §. 26. u. im Oestr. GB. §. 1. (was freilich Kitka u. A. sowenig anerkennen wollen, als daß dieses GB. noch den dol. indirectus enthalte; Hye S. 148).

5) Hierin liegt die Berechtigung zu den Ehrenrettungen jener älteren Theorie, wie sie Birnbaum a. a. O. S. 493 f. u. A. versuchen. vgl. Roßhirt eb. VIII. S. 373. Zirkler im Rechtsler. III. 474—476. Krug a. a. O.

6) Kitka im N. Arch. 1835. S. 233.

den Begriff des dolus einzumiſchen [1]). — Was nun aber die Definition des dolus nach Maßgabe der Präventionstheorie betrifft, ſo hat Feuerbach ſelbſt ſchon zuerſt die Konſequenz abgelehnt, daß zum dolus nicht bloß Bewußtſein der Strafgeſetzwidrigkeit der Handlung überhaupt, ſondern auch Kenntniß der Art und Größe der angedrohten Strafe gefordert werden müßte [2]). Er erſetzte jedoch den Mangel durch die Präſumtion der Kenntniß der Geſetze [3]). Jedenfalls aber hängen die F'ſchen Sätze ſo genau mit der Abſchreckungstheorie zuſammen [4]), daß ſie bei denen, welche das Prinzip aufgaben, zum Mindeſten eine neue Begründung erhalten mußten [5]). Sobald nämlich das Weſen des Verbrechens nicht mehr bloß in der Uebertretung des zur Abſchreckung, Warnung ꝛc. ꝛc. beſtimmten Strafgeſetzes geſucht wurde, ſondern in der Idee des Unrechts als ſolchen ſeine Begründung fand, ſo fiel jedenfalls die direkte Nothwendigkeit weg, das vollſtändigere oder unvollſtändigere Bewußtſein des Strafgeſetzes zum nothwendigen Erforderniſſe des dolus zu machen [6]). Anſtatt des Strafgeſetzes ſelbſt mußte jetzt die durch das Strafgeſetz verpönte Handlung als ſolche zum Inhalt des dolus gemacht werden. Hiemit war eben der Begriff der Abſicht gegeben, d. h. die Beziehung des Vorſatzes auf den Kern einer in ſich als Ganzes beſtimmten Handlung. Daß im Gebiete des Strafrechts eine ſolche Handlung den Charakter der Verletzung des Rechts als ſolchen und der Strafbarkeit nach poſitivem Geſetz haben müſſe, verſtand ſich allerdings von ſelbſt. Eine ganz andre Frage war aber, ob das Bewußtſein dieſes Charakters als nothwendiges Requiſit in den Begriff des dolus aufzunehmen ſei? Viele ließen nun zwar das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit als Requiſit des dolus mit Recht fallen, hielten aber das Bewußtſein der Rechtswidrigkeit feſt [7]). In der That läßt ſich auch eine verbrecheriſche Abſicht ohne dieſes Bewußtſein nicht denken. Allein eben deshalb, weil die verbrecheriſche Eigenſchaft in der objektiven Natur der Handlung liegt, kann ſie nicht in den von dem ſittlichen oder unſittlichen Charakter der Handlung an ſich unabhängigen Begriff der Abſicht aufgenommen werden [8]). Vielmehr gehört die Frage, welchen Einfluß der Mangel des Bewußtſeins der Rechtswidrigkeit habe, gar nicht in die Lehre von der Handlung, welche dadurch

---

1) Mittermaier im N. Arch. II. 526. Weber eb. VII. 560. X. 450. Breidenbach I. 2. S. 34.

2) Rev. II. 42—44. ebenſo Kleinſchrod I. §. 15. 16. 144. Salchow Darſtellung I. 12. 13. ſ. dag. Wächter I. S. 119. 120 u. Unterholzner Entw. d. philoſ. Grundſ. eines Strafſyſt. S. 294. Mühlenbruch im Civ. Arch. II. 399 f. Henke Hdb. I. 334. 335. Roßhirt N. Arch. IX. 501.

3) Lb. §. 86. vgl. Oerſted Grundr. S. 231. 271 f.

4) ſ. daher auch Tittmann Hdb. §. 92. Bauer Abh. I. 251—253. 262 f.

5) Dieſe ſucht man aber bei Mehreren vergebens; ſ. z. B. Schröter §. 66. Sekundär ſpuckt die Feuerbachiſche Begründungsweiſe noch bei Marezoll S. 91. 104.

6) Gleichwohl behielten Viele dieſes Requiſit bei. ſ. z. B. Mittermaier im N. Arch. II. 521—524. Abegg Lb. S. 132. 145. Henke Hdb. I. §. 54. Roßhirt Entw. S. 165 u. N. Arch. IX. 497 f. Heffter §. 64. 66. Weber im N. Arch. VII. 556—560.

7) ſ. z. B. Heffter a. a. O. Hepp Vergl. d. hann. Entwürfe S. 18. Wächter arg. Lb. I. S. 119. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 489 f. vgl. XI. 138.

8) Gönner Rev. d. Begriffs d. dolus, S. 39 f. Jarcke Hdb. I. 189. Luden Hdb. I. 240. n. 7. S. 246 n. 5. N. Rev. S. 619 f. Berner Imput. S. 59 f. Breidenbach I, 2. S. 36 f. Arnold im N. Arch. 1843. S. 522—528.

nur verwirrt wird. In der That sehen sich auch Alle, welche zum dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (in verschiedenen Wendungen) als nothwendiges Requisit fordern, in der Nothwendigkeit, bei der Lehre vom Rechtsirrthum sich mehr oder minder mit sich selbst in Widerspruch setzen zu müssen [1]). — Die theoretische Einseitigkeit und Verwirrung hat sich denn auch in den neuen Strafgesetzgebungen abgelagert. Auf dem Feuerbachischen Standpunkte steht das bair. GB. Art. 39. (71), welches die praesumtio doli und der Rechtskenntniß zum Ersatz bietet. Ihm folgt das hannövrische Art. (41. 84.) ohne die Keckheit jener Konsequenz, wogegen das preuß. LR. und das östreich. GB. das Labirinth dieser Widersprüche noch glücklich vermieden hatten [2]). Von den übrigen neueren Gesetzgebungen erkennen die sächs. [3]) und wirtemb. [4]) mindestens indirekt das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als Requisit des dolus an, sofern sie ihn nur durch die Unwissenheit über die Art und Größe der Strafe nicht ausgeschlossen werden lassen. Die Folge ist aber, daß diese Gbücher eben wie das bair. und hannövrische sofort bei der Frage über Rechtsunwissenheit und Rechtsirrthum sich geradezu widersprechen müssen. Mit Recht haben daher das braunschw. [5]), hessische [6]), badische, thüringische Gb. jenes Requisit weder direkt, noch indirekt aufgestellt, sondern sich damit begnügt, die Beziehung auf die Handlung als solche als das Wesentliche des dolus hervorzuheben, Ganz auf alle nähere Bezeichnung des dolus verzichtet hat nur das preuß. GB. [7]).

§. 74.

Indem der Handelnde mit seiner Absicht an die Wirklichkeit herantritt, um sie in ihr zu realisiren, so richtet sich der Artunterschied der Absicht eben nach den beiden Faktoren der Wirklichkeit, d. h. der Zufälligkeit und Nothwendigkeit. Entweder nämlich a) erkennt der Handelnde sämmtliche Bedingungen, aus denen nach dem naturgesetzlichen Verlauf die beabsichtigte Wirklichkeit hervorgehen muß, als vorhanden, d. h. er sieht die Nothwendigkeit des Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein (mag ihm nun an

---

1) s. N. Rev. S. 255 f. 619 f. u. unter allen Neueren bes. Luden a. a. O.
2) Nicht so die Kommentatoren; s. Jenull I. 119. Hye S. 137. f. aber S. 139.
3) Art. 31. j. 68. Weiß S. 293.
4) Art. 55. (jetzt weggefallen) j. 99. Hufnagel I. 101—104. 214—216. III. 637. 638.
5) §. 27. vgl. Motive S. 186—188 (gut).
6) Art. 58. Breidenbach I. 2. S. 28—43.
7) s. Beseler S. 36—47. s. auch den neuesten bair. Entw. Ueber die Frage, ob dies zweckmäßig sei, s. verschiedene Ansichten bei Kitka N. Arch. 1835. S. 219 f. Birnbaum eb. 1837. S. 276 f. 473 f. Mittermaier üb. d. neuesten Zustand ꝛc. S. 92 f. Fortbildung S. 172. N. Arch. 1850. S. 110—112. Hufnagel I. 101. 102. — Abegg Krit. d. Wirt. Entw. S. 36. 37. und N. sächs. Jahrb. VIII. 23. Bauer Abh. I. 268. 269. Hermann Beurth. d. sächs. Entw. S. 85. N. Rev. S. 330. Zirkler im Rechtslex. III. 480. 481. Braunschw. Mot. a. a. O. Eine Definition vermeidet auch der sächs. Entw. Art. 44. s. jedoch Art. 92. und bair. Entw. Art. 60., wogegen das preuß. GB. auch über die Rechtsunwissenheit schweigt. Goldtammer I. 334.

dem Erfolge ſpezifiſch gelegen ſein oder nicht), — direkte Abſicht oder b) er erkennt, daß der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen weiteren Bedingungen abhängt, deren Eintreffen bloß möglich (zufällig) iſt, giebt aber zu ihrem wirklichen Eintritt eventuell ſeine Zuſtimmung, — eventuelle Abſicht; c) Beides kann endlich zuſammentreffen, d. h. der Handelnde beabſichtigt einen beſtimmten Erfolg, ſieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern Erfolgs ein und willigt in dieſen für den Fall ſeines Eintritts eventuell ein. N. Rev. §. 108 [1]).

1) In der neueren Doktrin ſtößt man noch auf eine Reihe andrer Eintheilungen des dolus [2]), die theils ſchief, theils nichtsſagend ſind. — Die beſonders beliebte in d. praemeditatus und repentinus hat bereits ob. ihre Würdigung erfahren. Zu den nichtsſagenden gehört die in dol. antecedens und subsequens, welche überdies völlig ſchief wird, wenn man ſie mit der andern in d. ex proposito und ex re verwechſelt [3]). Ebenſo die in offenbaren und verſteckten dolus. Zu den ſchiefen gehört die in reinen und gemiſchten dolus, welche nur den alten Unterſchied von d. directus und indir. wieder aufwärmt, nicht minder aber die in generellen und ſpeziellen dolus, welche ihrer Vagheit wegen ſchon das Verſchiedenſte hat bedeuten müſſen [4]). Sofern allerdings mehreren dieſer Eintheilungen mehr oder weniger der Unterſchied von Vorſatz und Abſicht und die richtige Einſicht, daß der dolus — auch ohne Geſtändniß eines propositum — ex re bewieſen werden könne, zu Grunde liegt, können ſie wenigſtens als Uebergänge zu beſſerem Verſtändniſſe gelten.

2) Die allein bedeutſame Eintheilung iſt die im §en aufgeſtellte, weil ſie allein aus dem Begriffe der Abſicht, d. h. des auf die Hervorbringung einer in ihrer objektiven Natur beſtimmten Handlung im äußern Daſein gerichteten Vorſatzes hervorgeht [5]). Bei den älteren Kriminaliſten wurde dieſelbe durch die Ein-

---

1) Berner Imput. S. 184—188. Mit Unrecht wurde hier u. in der N. Rev. die eventuelle Abſicht unbeſtimmt genannt. Die unbeſtimmte gehört unter die Form des impetus, der ſie eben nicht zur beſtimmten werden läßt.

2) Bauer Abh. I. 272 f. vgl. Weber N. Arch. VII. 562 f.

3) Stübel Syſt. II. S. 55. Weber a. a. O. S. 564. 576. ſ. übrigens auch Heffter §. 71. not. 1.

4) In dem zuerſt von Weber a. a. O. S. 577 f. bemerklich gemachten Sinn wird der dol. generalis unten näher erörtert werden. Gewöhnlich (ſ. z. B. Henke I. 348) fällt die Eintheilung mit der in dol. determ. u. indeterm. zuſammen. Ueber den generellen dolus von Krug (der nichts als unſer impetus, über den Affekt hinaus erweitert, iſt) ſ. zu §. 72. Anm. 2.

5) Auffallend iſt, daß Luden, der Hdb. I. 243—246 dem Begriffe der Abſicht ſo nahe kommt, weiterhin die durch den Begriff der endlichen Wirklichkeit gebotene Unterſcheidung des dolus in determ. (directus) und eventualis zu beſeitigen ſucht, und dadurch das Gebiet der culpa auf's Bedenklichſte erweitert. Gegen jene Eintheilung polemiſirt jetzt auch Krug, aber ſehr unklar; denn zuletzt findet er ſie nur überflüſſig S. 72. 73; das Einzige, was man ihm zugeben kann, iſt, daß man den dol. event. nicht indeterminatus nennen ſollte. Mit dem S. 72 Zugegebenen ſteht aber der wiederholte Hader gegen den dol. event. der N. Rev. ganz im Widerſpruch. S. 76 nennt er gar dieſen dol. event. ein logiſches Unding, während er ſelbſt (wo es ſich von Püttmann, Berner u. A. handelt) dieſes logiſche Unding vollkommen als richtig anerkennt! S. 16. 17. 37. 68. 70. 71. (worin der große Unterſchied zwiſchen

theilung in dolus directus und indirectus absorbirt, worin das Richtige allerdings im Keime lag, aber unter einer Vermengung verschiedenster Fälle nicht deutlich zu Tage trat, obwohl schon Beyer auf den Fall der Konkurrenz des dolus und der culpa, und besonders Böhmer auf den Fall des dolus eventualis, wo er neben einem dol. determ. auftritt, v. Soden auf den des reinen d. eventualis (einwilligende Schuld) aufmerksam gemacht hatten[1]). Seit nun Feuerbach gegen den alten dol. indir. den förmlichen Konkursprozeß einleitete, ist noch keineswegs volle Klarheit in der Eintheilung des dolus eingetreten[2]). Er selbst unterscheidet nur d. determ. und indeterm. s. eventualis[3]). Abgesehen aber davon, daß er unter culpa d. det. unfehlbar Manches begriff, was reiner dolus ist[4]), hat er den unbestimmten dol. auf eine so vage Weise geschildert, daß er dem alten d. indir. nur wenig nachgiebt; denn derselbe enthält neben dem impetus (den F. ausdrücklich als Beispiel wählt) den Fall des alternativen d., und den Fall mehrerer eventuellen doli ꝛc. und läßt dagegen andre Fälle bei Seite. Ueberhaupt war es gehaltlos und schief, bloß nach der Quantität der Erfolge zu unterscheiden, da ja auch mehrere doli determinati kumulativ vorkommen können[5]). Gleichwohl wurde auf jener Grundlage von Andern fortgebaut, namentlich von Weber[6]), der dem F'schen d. indeterm. den dol. altern. und den dol. event. (worunter aber der im §. unter c angef. Konkurrenzfall zu verstehen ist) zu Unterarten giebt. Dagegen theilt Wächter den dolus in 3 Arten: determ. (specialis), indeterm. (generalis s. alternativus), eventualis. Ebenso im Wesentlichen Hefftер[7]). Schon Schröter[8]) u. A. machten jedoch darauf aufmerksam, daß die Eintheilung in bestimmten und eventuellen dolus (bei Schröter auch d. indir.) die Sache erschöpfe, ohne jedoch speziell den sog. d. alternativus auf's Korn zu nehmen. In der That haben sie auch vollkommen Recht. Der dol. alternativus als besondre species, und eben damit der d. indeterm., sobald er mehr od. etwas Andres, als den reinen dol. event. bezeichnen soll, lassen sich nicht halten. Die Eintheilung ist willkührlich und verwirrend[9]). Der dol. altern. löst sich vielmehr einfach in den dol. determ. auf[10]). Denn der Thäter wollte hier stets nicht

---

Wächter ꝛc. — u. Hefftер ꝛc. liegen soll, ist nicht abzusehen; daß die event. Einwilligung eben aus der Handlung ersichtlich sein muß, versteht sich ja doch von selbst!). Der dol. event. bezeichnet den Punkt, wo die culpa (als luxuria) in dolus umschlägt.

1) Noch bei Klein sind impetus, luxuria u. dol. event. friedlich unter der Rubrik des indirekten dolus vereinigt.

2) s. auch Jarcke I. 198—200. Roßhirt Entw. S. 185 f.

3) Ebenso Henke d. gener. u. specialis (I. §. 54.), Werner §. 273. d. exclusive determ. u. d. inclusive s. alternativo s. eventualiter determ. Martin §. 34.

4) N. Rev. S. 305—307. Roßhirt Entw. S. 187. Berner Imput. S. 259. Luden Hdb. I. 265. 266. Krug S. 50 ff.

5) Daher unterscheiden Einige zwischen d. determ. simplex u. d. determ. multiplex (den sie dann wieder in alternativus u. generalis theilen). Hefftер §. 65.

6) N. Arch. VII. 563. 566 f. ebenso Abegg Lb. §. 84. Bauer Abh. I. 272—274. Zachariä Versuch I. §. 29. Mittermaier n. 1. z. F. §. 59.

7) Wächter Lb. I. §. 78. Hefftер §. 65.

8) Hdb. S. 108. 109. vgl. Stübel Grundsätze. §. 71. not. c. Henke Hdb. I. 364—366. Geläugnet wird der d. event. N. Arch. V. 741—743 Note.

9) N. Rev. S. 261—263.

10) Im Grunde hat dies Weber selbst S. 569. 570 bereits offen anerkannt. s. auch Krug S. 62—66.

mehrere Erfolge nebeneinander, ſondern nur je Einen mit Ausſchluß des andern, nur daß er die nähere Bezeichnung deſſelben dem Zufall überläßt. Sobald daher der Eine eintritt, ſind die andern als aufgegeben zu betrachten. Eben daher darf auch der Fall des d. altern. nicht als Konkurrenzfall behandelt werden [1]), wogegen dieſe Behandlung allerdings in dem Fall c. des Fen eintreten muß [2]). Ohne Zweifel iſt aber die Behauptung richtig, daß der dol. eventualis einen geringeren Schuldgrad bilde, als der dol. directus (determinatus), nur darf dies nicht auch auf den dol. altern. ausgedehnt, und der Fall des reinen d. event. nicht mit dem Fall ſeiner Konkurrenz mit einem d. determ. zuſammengeworfen werden [3]).

3) In den gemeinrechtlichen Quellen ſind die aus dem Begriff der Abſicht entwickelten Unterſchiede noch nicht, wenigſtens nicht mit irgend entſchiedener Beſtimmtheit zu finden. Was dagegen die neueren Gbücher betrifft, ſo hat das preuß. Recht weder früher noch jetzt die betr. Unterſcheidungen aufgenommen [4]). Im öſtr., bair., ſächſ. und hannövriſchen Gb. verſchwinden ſie ganz oder theilweiſe in dem Begriffe des alten dolus indirectus [5]). Dagegen findet ſich die Eintheilnng des dol. in beſtimmten und unbeſtimmten d. in den übrigen, und zwar bald mit der weiteren Unterſcheidung des letzteren in d. altern. und eventualis [6]), bald ohne dieſe [7]). Dabei iſt man ſich jedoch über die in der vor. Anm. a. E. bemerklich gemachten Punkte noch keineswegs gehörig klar geworden.

§. 75.

Sowie ein (rechtsverletzender) Erfolg demjenigen, durch deſſen Handlung er herbeigeführt wurde, nicht zugerechnet werden kann, wenn und ſoweit der Handelnde ſich in faktiſchem Irrthum befunden

---

1) So Hufnagel I. 118. ſ. dag. N. Rev. S. 264.

2) Ganz mit Unrecht wirft Luden Hdb. I. 252. 253. beide Fälle zuſammen, da doch das Alternative weſentlich vom Kumulativen verſchieden und ſeine Behauptung, daß der gedachte Fall c. nicht möglich ſei, rein willkührlich iſt. Dagegen iſt es allerdings richtig, daß man häufig das Alternative und das Kumulative nicht gehörig ſcheidet. N. Rev. S. 347—349. Geht der Thatbeſtand des zunächſt beabſichtigten Delikts in dem des eventuell beabſichtigten auf, ſo liegt beim Eintritt der Vollendung des letzteren natürlich nur Ein Verbrechen — eben das letztere — vor.

3) vgl. Heuſer IV. 429. V. 672. Weber a. a. O. S. 571. Henke I. 348. 363. Breidenbach I, 2. S. 122. Hufnagel III. 58. 59. 639. Hye S. 145. Note. Braunſchw. Mot. b. Breym. S. 188. Bad. b. Thilo 129. Näher kommt es dem Richtigen, d. h. daß nur beim impetus und dem reinen (an die luxuria grenzenden) dol. event. eine geringere Schuld anzunehmen iſt, wenn Krug daſſelbe von ſeinem dol. gener. behauptet; vgl. Bad. GB. §. 206. ſächſ. Entw. Art. 153. Krug S. 2—4. 78—80. vgl. Weiß S. 163. Müller Verbr. g. d. Integr. d. Eiſenb. S. 82—84. A. M. Goldtammer I. 237. 238 (?).

4) Ebenſo der bair. Entw. Ueber Preußen ſ. die intereſſanten Verhandlungen (beſ. von Seiten Savignys) b. Beſeler S. 37—42.

5) A. M. Hye S. 144—149. ſ. dag. Weiß S. 158—162. Arnold im N. Arch. 1843. S. 530 f. Leonhardt I. 217—221. Breidenbach I. 2. not. 4. zu S. 59. a. E.

6) Wirt. Gb. Art. 57. (weggefallen).

7) Braunſchw. GB. §. 28. (ſ. jed. Breym. S. 191), Heſſ. GB. Art. 60. Bad. §. 98. Thüring. Art. 29. Sächſ. Entw. Art. 47 (kommt dem Richtigen am nächſten).

hat (§. 62), so vermag auch ein faktischer Irrthum die wesentliche Natur einer (verbrecherischen) Absicht und ihrer Ausführung an sich nicht zu ändern. Dabei sind jedoch verschiedene Fälle zu unterscheiden: 1) Völlig gleichgiltig ist es, ob die Handlung durch faktischen Irrthum ein taugliches Objekt statt eines andern traf, so daß ihre innere Natur dieselbe blieb; hier liegt stets einfach eine absichtliche Handlung vor. 2) Anders verhält es sich, wenn der Handelnde vermöge faktischen Irrthums auf ein untaugliches Objekt traf oder zur Ausführung seiner Absicht ein untaugliches Mittel ergriff; eine absichtliche Handlung liegt auch hier vor, aber eine bloß zum Versuch gediehene (s. u.). 3) Diese beiden Fälle setzen voraus, daß die so oder so eingetretene Wirklichkeit durch die Absicht gesetzt worden sei, wobei dann wieder nichts darauf ankommt, ob bei einer Mehrheit behufs der Ausführung der Absicht vorgenommener Akte der Erfolg gerade demjenigen Akte entsprang, welchen der Handelnde ausschließlich oder vorzugsweise hiezu bestimmte, falls nur der wirklich erfolgreiche Akt — bereits oder noch — in der Reihe der durch die Absicht bestimmten Thätigkeiten lag. Eben damit ergiebt sich jedoch auch, daß, wenn der wirklich erfolgreiche Akt vor oder hinter jener Reihe liegt, keine einfache absichtliche, sondern eine in sich gebrochene, nur theilweise zur Absicht (Versuch), theilweise aber nicht oder nur zur culpa zurechenbare Handlung angenommen werden darf. Eben dies ist auch dann der Fall, wenn der Zufall der in Ausführung begriffenen Absicht nicht bloß einfach statt eines tauglichen Objekts ein andres unterschiebt, sondern an die Ausführung der Absicht eine dieser an sich fremde Folge anhängt, von der sich dann eben nur fragt, ob sie hätte vorhergesehen werden können oder nicht. N. Rev. §. 109 u. 108 a. E.

1) Die Fälle zu 1) sind die beiden, wenn eine verbrecherische Absicht irrthümlich an einem andern, übrigens ebenso tauglichen Objekte (Person oder Sache) ausgeführt wurde, als an demjenigen, welches der Handelnde zu treffen glaubte, — und wenn die in Ausführung begriffene Absicht vermöge eines Zufalls an einem andern, aber ebenso tauglichen Objekte als dem vom Handelnden ausersehenen realisirt wird, vorausgesetzt nur, daß im letzteren Falle nicht der Zufall zwischen die Ausführung der Absicht und den ihr entsprechenden Erfolg ein dem Wesen der Handlung fremdes Moment eingeschoben hat, durch dessen Dazwischentritt die Handlung selbst zu einem ihrem Wesen fremden Erfolg abgelenkt wird. — Ueber die rechtliche Behandlung dieser Fälle waren die Ansichten von jeher sehr verschieden [1]). Die italienischen Juristen von Bartolus an nahmen hier überall entweder einfach eine dolose [2]), oder eine kulpose Handlung, resp. wenig-

1) Sehr ungenügend ist, was hierüber Mittermaier n. 1. z. F. §. 57. beibringt.
2) Bartol. ad l. 11. §. 2 D. de poen. n. 7. u. ad l. 14 D. ad l. Corn. de sic. n. 2. vgl. Ang. Aret. v. scienter dol.

ſtens einen Strafmilderungs- oder einen Begnadigungsgrund an [1]). Indeſſen ſind die Anſichten der italieniſchen Schriftſteller bei dieſer wie bei andern nicht bloß exegetiſch, ſondern durch Begriffsentwicklung zu löſenden Fragen von ſehr untergeordnetem Werthe [2]). Die deutſchen Juriſten ſeit Karpzov ſchloſſen ſich vorzugsweiſe der Anſicht von Bartolus an, und zwar in demſelben ächt germaniſchen, das Recht der Objektivität hervorhebenden Sinne, dem auch der Begriff des dolus indirectus entſprang [3]). Daß ſie dabei theilweiſe zu weit giengen, indem ſie hier wie ſonſt den Kauſalnexus präſumirten, iſt nicht zu läugnen. Ohne Zweifel hätten nun ſeit der Feuerbachſchen Reform der Schuldlehre alsbald beide älteren Anſichten verdammt und der Begriff der culpa dolo det. auch hier geltend gemacht werden ſollen [4]). Gleichwohl iſt dieſe Konſequenz erſt ſpäter gezogen worden [5]), während die neueren Kriminaliſten faſt durchgängig [6]) eklektiſch verfahren und das eine Mal ein einfaches doloſes Verbrechen, das andre Mal culpa d. det. annehmen [7]). Jene Konſequenz fällt nun aber mit der falſchen Auffaſſung des dolus, wovon ſie ausgeht, von ſelbſt in Nichts zuſammen [8]). Auch hat ſie in der That keinen Anklang gefunden. Vielmehr iſt im Fall der einfachen Verwechslung des einen tauglichen Objekts (Perſon oder Sache) mit einem andern die allgemeine Meinung dafür, daß hier ein einfaches doloſes Verbrechen anzunehmen ſei [9]). Iſt aber dem ſo, dann iſt es pure Willkühr, wenn nicht auch in dem Fall der Aberration, wie er hier (i. Anf. dieſer Anm.) abgegrenzt iſt, das Gleiche angenommen wird [10]). Die Trennung der Handlung in eine doloſe und kulpoſe iſt nicht in dieſem, ſondern nur in den hievon weſentlich verſchiedenen Fällen, wie ſie im §. unter 3) bezeichnet ſind, zu ſtatuiren [11]). Uebrigens gilt das

---

1) Bonifac. de Vit. T. de insultu. J. Clar. §. homic. n. 6. §. fin. qu. 77. n. 8. ſ. Menoch. II. 324. n. 11. 12. Farinac. qu. 120, nr. 184. 185. — qu. 125, nr. 152. 153. vgl. Damhouder c. 85. n. 7.

2) A. M. Geib im N. Arch. 1838. S. 52. f. dag. Bauer Abh. I. 401.

3) Carpzov qu. 5. 18. n. 14 sq. Kress ad art. 145. §. 1. nr. 4. §. 2. Leyser Sp. 550. n. 4. 5. Sp. 597. n. 15. Sp. 610. n. 5 sq. Böhmer ad C. qu. 5. obs. 1. Med. ad art. 145. §. 2. vgl. Matthaeus ad l. 48. T. 5. c. 3. n. 12. 13.

4) Uebrigens trifft der Vorwurf Geibs z. B. Oerſted nicht, der (Grundr. S. 241. 242.) ſeine Ausführung bereits vorgezeichnet und nur aus dem tieferen Grunde nicht breiter hingeſtellt hat, weil er von dem Begriff des Vorſatzes aus zu dem Satze kam, daß das del. perfectum dem vollendeten Delikte gleich gehalten werden ſollte.

5) Geib N. Arch. 1837. S. 561 f. 1838. S. 36 f.

6) Mit Ausnahme von Wächter II. S. 128. Jarcke III. 220. Henke II. 36—38.

7) Geſterding N. Arch. III. 486 f. Heffter N. Arch. XII. 279 f. Lb. §. 70. Zachariä Verſuch I. S. 272 f. Bauer Abh. I. 400 f.

8) N. Rev. S. 279—293.

9) ſ. Geſterding, Wächter, Henke, Jarcke, Zachariä, Heffter, Bauer a. a. O. Martin §. 107. Luden Hdb. I. 244. n. 3. u. beſ. Pfotenhauer üb. d. Einfluß d. Irrthums bei vollend. Verbrechen. vgl. Breidenbach I, 2. S. 89 f. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 57. Leonhardt I. 224.

10) Gegen das Sophisma, womit Manche (z. B. Geſterding, Pfotenhauer, Zachariä, Hufnagel, Hye u. A. eine ſolche Differenz zu rechtfertigen verſuchen, ſ. N. Rev. S. 289. Den richtigen Begriff der Abſicht wendet dagegen Breidenbach S. 98. 99. an.

11) Wächter a. a. O. Wenn Zachariä den Fall hervorhebt, wo die Möglichkeit der aberratio voraus bedacht und darein gewilligt war, ſo verſteht ſich aller-

Angegebene zunächſt nur von dem Falle, wenn die Abſicht mittelſt des Irrthums oder der Abirrung an einem gleichtauglichen Objekte zur Ausführung kommt. Wollte dagegen der Thäter ein gemeines Verbrechen begehen und begieng aus Irrthum ꝛc. ein qualifizirtes, ſo muß das im Erfolg liegende Mehr zur culpa zugerechnet werden, falls der Irrthum vermeidlich war und das fragliche Verbrechen kulpos begangen werden kann. Wollte er umgekehrt ein qualifizirtes Verbrechen begehen, begieng aber aus Irrthum nur ein gemeines, ſo wird neben dem lezteren noch der Verſuch des beabſichtigten Mehr in Rechnung zu bringen ſein [1]). — Das röm. Recht berührt die Frage, ſoweit es das öffentliche Strafrecht betrifft, gar nicht [2]). Dagegen ſind von den Stellen, die aus dem Kreiſe des Privatſtrafrechts angeführt zu werden pflegen, die meiſten [3]) gar nicht beweiſend, weil ſie weſentlich verſchiedene faktiſche Vorausſetzungen haben. Nur die l. 18. §. 3 D. de inj. (47. 10) ſpricht den Satz aus, daß Irrthum in der Perſon den Thatbeſtand des Verbrechens nicht aufhebe [4]). Die (dagegen geltend gemachte) einfache Berufung auf die vorwiegende Beachtung der Thatſeite iſt in Beziehung auf die römiſchen Privatdelikte ebenſo oberflächlich und ſchief, als in Beziehung auf das germaniſche Recht [5]) (§. 48. Anm. 2), welches ebenſowenig bloß auf den Erfolg geſehen, und welches insbeſondere die vorliegende Frage aufgeworfen und meiſt bereits treffend entſchieden hat [6]). — Die P.G.O. läßt die Frage unerörtert. — Auch von den neueren Geſetzgebungen behandeln die meiſten dieſe Fälle nicht ausdrücklich. Zu den Ausnahmen gehört das preuß. LR. (bei der Tödtung [7]),

---

dings die Entſcheidung von ſelbſt, der Fall gehört aber gar nicht hierher. Zu weit geht Jarcke a. a. O., der gar keine Differenz ſtatuirt, desgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 71 f. Eigenthümlich iſt die Anſicht von Luden Hdb. I. 416. n. 9, der in den hier bezeichneten Aberrationsfällen nur Verſuch (ohne Konkurrenz von culpa) angenommen wiſſen will. vgl. S. 263. n. 1. S. 265. n. 6. Theilweiſe mit dem hier Ausgef. ſtimmt überein Hye S. 319—321 Note.

1) Mit Unrecht ignoriren oder läugnen die älteren Juriſten (außer Bart.) und meiſt auch die neueren (ſ. z. B. Wächter, der ſich hier geradezu auf Carpzov und Böhmer beruft) die Nothwendigkeit dieſer Unterſcheidungen. ſ. dag. z. B. Henke a. a. O. Heffter Lb. §. 70. Pfotenhauer a. a. O. Ebenſo unrichtig iſt aber auch die von Geib N. Arch. 1838. S. 60 für dieſe Fälle aufgeſtellte Meinung. ſ. N. Rev. S. 291—293. Traf die Handlung ein untaugliches Objekt, ſo liegt Verſuch des beabſichtigten Verbrechens vor, jedoch nur als untauglicher. (ſ. bad. GB. §. 111).

2) Daß hier wegen der bloß ſekundären Bedeutung der Thatſeite in den fraglichen Fällen jedenfalls ein doloſes Verbrechen anzunehmen geweſen ſei, leidet wohl keinen Zweifel. Dagegen iſt es willkührlich, wenn Geib N. Arch. 1837. S. 581 ohne Weiteres annimmt, es ſei auf einen durch kulpoſen Irrthum hervorgebrachten ſchwereren Erfolg lediglich keine Rückſicht genommen worden.

3) L. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 3. §. 4. l. 4. l. 15. §. 15 D. de inj. (47. 10). A. M. hinſ. der l. 4. iſt z. B. Zachariä S. 275. n. 1. ſ. dag. ſchon Bart. ad l. 4. Carpzov qu. 5. n. 29. 30. Matth. l. c.

4) Die Einwendungen von Geib a. a. O. S. 584. 585. ſind ſichtlich erzwungen. ſ. Donell. Comm. I. 22. Walter N. Arch. IV. 276. 277. Zachariä Verſuch I. 272. n. 2. vgl. Pfotenhauer D. de del. p. err. in pers. comm. p. 9 sq.

5) Geib a. a. O. S. 577.

6) ſ. Wilda S. 587. 588. und die dort angef. Stellen. vgl. Bamb. Stadtr. c. 203. b. Zöpfl, wo bei aberr. ictus eine eigene Auskunft getroffen iſt.

7) II. 20. §. 807. 808. (?). vgl. Hitzig Zeitſchr. XIII. 320 ff.

und neuerdings in allgemeiner Faſſung das braunſchw. (§. 28. S. 3), das heſſ. (Art. 62)[1]), bad. (§. 100) und thüring. GB. (§. 29. S. 3). Von dieſen beſchränken jedoch das braunſchw. und thüringiſche den richtigen Grundſatz auf den error in obj.[2]), wogegen das heſſiſche und badiſche auch auf die Abirrung die ganz richtige Anwendung machen (wie dies auch das neue öſtr. GB. §. 134. beim Mord thut)[3]). Zugleich enthalten die angef. Gbücher mindeſtens für den Fall, wo ſtatt eines gemeinen Verbrechens ein qualifizirtes begangen wird, die richtige Beſtimmung wegen der etwa in Rechnung zu nehmenden culpa[4]). — Jedenfalls iſt es ein Vorzug dieſer Gbücher, daß ſie die Frage überhaupt berühren[5]). Denn die Entſcheidung verſteht ſich zwar von ſelbſt, ſobald der Begriff der Abſicht in ſeiner Wahrheit aufgefaßt wird, eben darum aber nicht in unſern neueren Gbüchern, die noch immer von dem Begriffe des Vorſatzes nicht loskommen. Lezterer Mangel wird allerdings durch Präſumtion des dolus (resp. gelinde Beibehaltung des d. indirectus) größtentheils erſetzt im bair.[6]), ſächſ. und hannövriſchen GB.[7]), dagegen z. B. nicht im wirtembergiſchen, daher hier die Praxis nur den Fall des error richtig entſcheidet, nicht aber den der aberratio[8]). Um ſo gewiſſer enthalten die eben ang. Gbücher für den Fall eines verſchuldeten Irrthums und einer deshalb etwa in Rechnung zu nehmenden culpa die erforderliche Beſtimmung[9]).

2) ſ. die Lehre vom Verſuch.

3) In Beziehung auf den neuerdings viel beſtrittenen ſog. dolus generalis in dem unter 3) feſtgeſtellten Sinne[10]) iſt der in der N. Rev. angegebene Unterſchied[11]) noch immer feſtzuhalten, wenn er auch etwas genauer formulirt werden

---

1) Breidenbach I, 2. S. 87—102. (S. 97. ſcheint er doch etwas zu weit zu gehen, wenn auch nur im Beiſpiel, nicht im Grundſatz).

2) Breym. S. 190.

3) Hye S. 316. 317. Daſſelbe gilt (Goldtammer I. 432. 433) vom preuß. allgemein.

4) Der umgekehrte Fall wird ſelbſt in dieſen Gbüchern nicht beachtet; auszunehmen iſt für einen ſpeziellen Fall das Badiſche §. 111. Nach dem preuß. GB. wird auch culpa nicht beachtet. A. M. Temme Gloſſen. S. 119.

5) A. M. Mittermaier n. 1. z. F. §. 57. Fortbildung I. 173. 174. N. Arch. 1850. S. 113. 114. vgl. Goldtammer I. 241.

6) Was Arnold N. Arch. 1843. S. 535. 536. als Praxis anführt, bezieht ſich nur auf den Irrthum.

7) ſ. daher Bauer Anm. II. 153 f. vgl. Leonhardt I. 190 (?). 224. vgl. übrigens die unrichtigen Entſcheidungen des ſächſ. OAGs. in den N. Jahrb. VI. 473. 474. VII. 107.

8) Hufn. III. 59—64. 639. 640. (Mit Unrecht iſt hier geſagt, die betr. Praxis ſtimme mit dem heſſ. GB. Art. 62 überein. ſ. dag. Breidenbach I. 2. S. 95 f.). Nach dem Geſ. 13. Aug. 1849 fällt die ganze Lehre vom dol. der Doktrin u. Praxis anheim. vgl. Bair. Strafger. I. 108.

9) Bair. GB. Art. 42. — Sächſ. Art. 68. Wirtemb. Art. 100. Hannövr. Art. 45. (Nach Leonh. I. 324 ſoll ſich freilich dieſer Art. nicht auf den vorliegenden Fall beziehen).

10) Berner will dieſen ſchon bei Carpzov gefunden haben, jedoch mit Unrecht. Dag. ſ. Grolman Bibl. I, 3. S. 233 f. Oerſted Grundr. S. 242. Weber N. Arch. VII. 562 f. Wächter Lb. II. S. 127. Heffter §. 233. not. 2. Stübel Theilnahme S. 47—49. N. Rev. S. 260. 263—272. vgl. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. 168. 169. Pfotenhauer a. a. O. S. 130 f.

11) Mit Unrecht überſieht dieſen Mittermaier bei der Anführung der N. Rev. in n. 2. zu F. §. 59.

mußte. In der That aber, ſobald man ſich nur hierüber verſtändigt, dreht ſich der Streit nur um Einen Punkt. Auch die Gegner des dol. gener. [1]) ſtellen nicht in Abrede, daß die zweite erfolgreiche Handlung des irrthümlich bereits durch die erſte den Erfolg erreicht glaubenden Thäters demſelben dann zum dolus zugerechnet werden müſſe, wenn er dabei auch nur mit von dem Vorſatz ausgegangen ſei, ſich des Erfolgs der erſten Handlung zu vergewiſſern [2]). Umgekehrt iſt mindeſtens in der N. Rev. entſchieden ausgeſprochen worden [3]), daß ein d. gener. dann nicht anzunehmen ſei, wenn vor der erfolgreichen Handlung die Abſicht abgebrochen ſei. Die Frage iſt daher nur die: ob im betr. Fall, d. h. wenn der Thäter verſichert, er habe durch die erſte Handlung den Erfolg erreicht geglaubt, der Abbruch der Abſicht oder die „Intention der Beſtätigung" der erſten Handlung anzunehmen ſei? Dies iſt aber lediglich eine Beweisfrage, die nach den konkreten Umſtänden des einzelnen Falls entſchieden werden kann und muß [4]), und es iſt daher unrichtig, das eine oder das andre zu präſumiren [5]). In den meiſten Fällen wird die fragliche Einrede des Thäters ſimulirt ſein. — Für den Fall nun aber [6]), daß der Richter die gegentheilige Ueberzeugung faſſen kann, muß allerdings bloßer Verſuch und hinſichtlich des Erfolgs culpa (wenn die Art des Verbrechens dies zuläßt) angenommen werden [7]). Ebenſo auch dann, wenn der Thäter unabſichtlich, aber durch culpa einen rechtsverletzenden Erfolg bereits hervorgebracht hat, nun aber dieſen Erfolg in der irrthümlichen Vorausſetzung, daß er noch nicht eingetreten ſei, erſt durch eine abſichtliche Handlung hervorzubringen ſucht [8]). — Auch dieſe feineren Unterſcheidungen darf man indeſſen im gemeinen Rechte nicht ſuchen wollen. Im öffentlichen Strafrechte der Römer wurde ohne Zweifel in allen dieſen Fällen einfach eine doloſe Handlung angenommen, wozu es genügte, wenn nur überhaupt der dolus äußerlich manifeſtirt war. Desgleichen genügte es beim damnum inj. datum (das hier aus dem Kreiſe des Privatſtrafrechts allein zur Sprache kommen kann), wenn ſich der Erfolg

---

1) N. Arch. V. 375—422. Zachariä Verſuch I. 279—288. Mittermaier N. Arch. 1841. S. 24—40. Breidenbach I, 2. S. 68—74. Berner Imput. S. 193 f. Theilnahme S. 143 f. Temme Gloſſen S. 93. 94 (höchſt trivial vom Standpunkt des vermeintlichen geſunden Menſchenverſtands aus, der aber nur der Standpunkt der herkömmlichen eklektiſchen Schuldlehen iſt, deren Haarſpaltereien mit dem geſunden Menſchenverſtand am wenigſten zu thun haben).

2) Mittermaier S. 39. 40. Breidenbach S. 73. n. 5. Berner Imput. S. 194. Theilnahme S. 148. (Sein vom del. perf. hergenommenes Hauptargument hat B. jetzt fallen laſſen).

3) Dieſe Einſchränkung findet ſich freilich nicht bei Grolman, Oerſted, Wächter, Weber a. a. O.

4) ſ. beſ. N. Arch. V. 405—412. Bauer Abh. I. 406. 407 und die (in anderer Richtung gemachten) treffenden Bem. von Krug in den N. ſächſ. Jb. VIII. 274.

5) Dies iſt auch theilweiſe in der N. Rev. S. 268 ob. geſchehen. ſ. aber auch S. 269 unten.

6) A. M. Luden Hdb. I. 371—374. Pfotenhauer S. 113 f.

7) Merkwürdige Fälle ſ. b. Klein Annal. XVI. nr. 1. N. Arch. V. a. a. O. Mannkopf Jahrb. I. 243 f. 401 f. Heuſer Entſcheidungen I. 357 f. Biſchoff Krim.fälle I. 143 f. Habicht rechtl. Erörter. I. 208 f. Neuer Pitaval II. 360 f. 386 f.

8) Zachariä a. a. O. S. 279. 280. ſ. dag. N. Rev. S. 447. Anders natürlich, wenn ſchon die erſte Handlung abſichtlich war. ſ. Breidenbach I. 2. S. 68 unt. 69. Luden Hdb. I. 370. 371.

nur überhaupt auf eine culpa des Handelnden als ſeine Urſache zurückführen ließ. Auch die P.G.O. berückſichtigt die Fälle nicht, und unter der Herrſchaft der Lehre vom dol. indir. iſt kaum zu bezweifeln, daß die Praxis keinen Anſtand nahm, in den betr. Fällen einfach eine vollendete doloſe Handlung anzunehmen, um ſo mehr, als ſie auch ſonſt bei vorliegendem dolus und Erfolge es mit dem Beweiſe des Kauſalzuſammenhangs ſehr oberflächlich nahm[1]) und überdies in dem ſo viel mißbrauchten Grundſatze über die Folgen des versari in re illicita auch hier einen willkommenen Ausweg fand[2]). Von den neueren Geſetzgebungen haben ſich nur die wirtemberg. und die badiſche auf eine beſondere Beſtimmung über die vorliegende Frage eingelaſſen, beide jedoch auf nicht glückliche Weiſe, da unter den vagen Ausdrücken, die ſie wählen[3]), der Nerv des nothwendig zu machenden Unterſchieds (ſ. den §.) gelähmt und die Praxis in Verwirrung gebracht wird. — Dieſelbe Trennung der Handlung in doloſen Verſuch und kulpoſen Erfolg iſt denn auch in den a. E. des §en näher bezeichneten Aberrationsfällen vorzunehmen, welche nur eben mit den Anm. 1. i. A. beſchriebenen nicht verwechſelt werden dürfen[4]).

§. 76.

Abſichtliches und kulpoſes Handeln können zuſammentreffen, ohne daß damit ein abgeſonderter Schuldgrad gegeben wäre. Dies iſt unzweifelhaft dann der Fall, wenn beide Handlungen einen verſchiedenen Thatbeſtand haben und idealiter od. realiter (ſ. u.) konkurriren. Es iſt aber auch dann nicht ausgeſchloſſen, wenn beide Handlungen relativ denſelben Thatbeſtand haben; nur iſt im lezteren Falle auf's Dringendſte geboten, bei der Beweisfrage das Recht der Objektivität der Handlung gegen die Willkührlichkeit des Subjekts in Behauptung der Tragweite ſeines Vorſatzes gehörig zu wahren.

1) Zu einiger Klarheit in dieſer noch immer ſehr verworrenen Materie wird man nur dadurch kommen, daß man die im §en unterſchiedenen Fälle gehörig auseinander hält. Der erſt in neuerer Zeit beſtimmter fixirte Begriff der Konkurrenz von dolus und culpa[5]) findet ſeine ganz unzweifelhafte Anwendung in den zuerſt angef. Fällen[6]), z. B. wenn der Dieb durch Unvorſichtigkeit mit dem Lichte zugleich eine Feuersbrunſt erregt, wenn durch Nothzucht an einer Schwangeren zugleich ein Abortus bewirkt, durch einen auf Wilddieberei Ausgegangenen ein verſteckt liegender Menſch getödtet wird ꝛc.[7]). Es können aber beide Hand-

1) ſ. z. B. Carpzov qu. 5. n. 10. Matth. ad L. 48. T. 5. c. 3. n. 12.

2) vgl. Böhmer ad Carpz. obs. 2. ad qu. 1. a. E.

3) Wirt. GB. Art. 56. (jetzt aufgehoben). Hufnagel I. 103 f. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 26—40. Breidenbach I. 2. S. 64 f. Wolff b. Thilo S. 129—132. Auffallend iſt, daß Krug a. a. O. und die Mot. z. ſächſ. Entw. Art. 36 die ſo nahe liegende Konſequenz überſehen. Der Grund ſcheint in der Feſthaltung der falſchen Tradition der Unterſcheidung zwiſchen imputatio facti u. juris zu liegen.

4) Ueber Liter. u. neuere Geſetzgebung ſ. zu Anm. 1. vgl. übr. ſchon Carpz. qu. 1. nr. 63. 64. Fälle b. Hitzig Annal. IV. 1 f. N. Arch. XI. 712. Hufnagel III. 63.

5) Die o. a. Aufſtellung von Beyer hatte zu ihrer Zeit keinen Erfolg, und mit Recht, da ſie gerade auf dem zweifelhafteſten Boden (ſ. den §. a. E.) auftrat.

6) Alles iſt durcheinander geworfen bei Mittermaier n. 1. z. F. §. 60. ſ. dag. jetzt auch Krug üb. dolus u. culpa. S. 52—54.

7) Heffter §. 70. nr. III—V. (Was Luden I. 264. n. 5. gegen Heff-

lungen ſogar theilweiſe oder ganz denſelben Thatbeſtand haben. Nur muß dann (ſ. den vor. §.) eine Verwechslung, resp. Abirrung im Objekt, wodurch eine ſchwerere oder geringere [1]) Rechtsverletzung entſteht, — oder ein Irrthum über die kauſale Energie eines zur Ausführung der Abſicht unternommenen Akts, — oder ein der Natur der abſichtlichen Handlung an ſich äußerlicher, aber vorausſehbarer Zufall mit untergelaufen ſein. Immer bildet hier eine abſichtliche Handlung die Vorausſetzung, an welche ein kulpoſer Erfolg ſich angeſchloſſen hat, oder welche in einen ſolchen ausgeartet iſt [2]); die Konkurrenz iſt hier eine ideale. Es kann aber auch eine reale in der Art vorkommen, daß Jemand durch ein begangenes kulpoſes Verbrechen veranlaßt wird, noch ein doloſes zu begehen [3]).

2) Von allen dieſen Fällen wohl zu unterſcheiden iſt nun der, wo bei Einer und derſelben, an dem intendirten Objekte und durch den intendirten Akt vollführten Handlung eine Konkurrenz von dolus und culpa ſtattfinden ſoll [4]). Die älteren Kriminaliſten bis auf Klein herab (mit ganz wenigen Ausnahmen) ſubſumirten dieſen Fall unbedenklich unter den Begriff des dolus indirectus [5]). Sie giengen dabei — abgeſehen von den poſitivrechtlichen Argumenten — von der Betrachtung aus, daß einer, der eine höchſt gefährliche Handlung mit den geeigneten Mitteln zur Herbeiführung eines äußerſten Erfolgs unternommen und dieſen äußerſten Erfolg auch in der That hervorgebracht habe, keinen Glauben finden könne, wenn er hinterher verſichre, bloß einen geringeren Erfolg beabſichtigt zu haben [6]). Auch hatten ſie damit ſehr Recht, wenn ſie gegenüber der ſubjektiven Willkühr des Vorſatzes das Recht der Objektivität geltend machten. Allein ſie begnügten ſich nicht mit dem richtigen Satze, daß der ſchwerere dolus ſolchenfalls aus der Handlung bewieſen werden könne, ſondern giengen mehrfach zu weit. Statt von einem Beweiſe des beſtimmt oder eventuell auf den ſchwereren Erfolg gerichteten dolus zu ſprechen, präſumirten ſie, daß ein ſolcher in der allgemeinen voluntas nocendi enthalten ſei. Sie ſetzten ſich eben damit in Widerſpruch mit ihren eigenen Prämiſſen, indem ſie

---

ter vorbringt, iſt ungerecht, da derſelbe N. Arch. XII. 286 unt. u. Lb. §. 70. n. 5. j. §. 60. die angegriffene Behauptung ſelbſt gehörig beſchränkt). Luden eb. S. 265. n. 6.

1) Henke I. 367. Luden I. 263. n. 3. u. beſ. Jenull I. 127—129.

2) daher auch die von Feuerbach gewählte Bezeichnung: culpa dolo determinata.

3) Man ſpricht hier wohl von einem dolus culpa determinatus. ſ. Werner Hdb. §. 274. vgl. Heffter §. 71. n. 2. In dem bei Henke I. §. 54. n. 4. angegebenen Sinne würde auch ein Fall idealer Konkurrenz, sc. der impetus hierher zu ſtellen ſein, worin allerdings relativ etwas Wahres liegt. ſ. o. §. 72. vgl. noch Luden I. 264. n. 4. Abegg Lb. S. 141 ob.

4) Durchaus falſch iſt es, wenn Mittermaier n. 1. z. F. §. 60. ſagt, in der N. Rev. ſei der Fall der Konkurrenz von dol. u. culpa geläugnet und dem Begriff des dol. indir. geopfert.

5) ſ. Aeg. Boss. de homic. n. 71 sq. Gomez var. resol. III, 3. n. 17. 18. Ueber Clar. u. A. ſ. ob. §. 71. Anm. 1. Carpzov qu. 1. nr. 24 sq. Berger Electa p. 91. Leyser sp. 16. med. 5. Sp. 601—603. Struv. obs. crim. c. 7. §. 26. Koch instit. §. 439 sq. Nettelbladt de homic. ex int. indir. comm. Quistorp I. §. 35. Klein Grundſ. §. 122. 123. Böhmer ad Carpz. obs. 2. ad. qu. 1.

6) Carpzov nr. 42. bemerkt namentlich, daß andernfalls die Advokaten jede doloſe Tödtung wegdisputiren würden. Damit hat er prophetiſch geſprochen.

ſelbſt annahmen, der Thäter habe den ſchweren Erfolg nicht beabſichtigt (nicht bloß nicht beabſichtigt zu haben behauptet), ſondern er habe ihn nur vorhergeſehen oder vorherſehen müſſen. Wenn aber hierin nur eine wiſſenſchaftliche Unbeholfenheit liegt [1]), ſo war es ebenſo unrichtig als ungerecht, wenn offenbar verſchiedene Fälle über Einen Leiſten geſchlagen wurden, wenn man namentlich dolus indir. annahm, ſobald nur der Erfolg nicht ſehr oder wenigſtens ziemlich unwahrſcheinlich war [2]) und keine bedeutenden Gegenindizien gegen jenen vorlagen [3]). Denn immerhin wurde der bloß mögliche oder wahrſcheinliche Erfolg mit dem unvermeidlichen gleich behandelt [4]) und das bloße Vorherſehen des erſteren, ja ſogar die Schuld, ihn nicht vorhergeſehen zu haben, zum dolus eventualis geſtempelt. — So fehlerhaft nun aber auch dieſe Lehre war, ſo iſt die Sache durch die noch heute ſo oft ausposaunte [5]) Polemik dagegen ebenſowenig ganz klar geworden. Vorerſt war man nur bemüht, die Fälle einfach zu theilen und entweder unter der Rubrik des dolus oder unter der der culpa unterzubringen [6]). Erſt der Scharfblick Feuerbachs entdeckte, daß das Gebiet des d. indir. Fälle enthalte, die ſowohl doloſe, als kulpoſe Elemente an ſich tragen [7]). Statt aber zu der — mehrfach von ihm intendirten — Aufſtellung von Mittelſtufen zwiſchen dolus und culpa fortzugehen, begnügte er ſich damit, den impetus als dolus indeterminatus, die luxuria als unmittelbare culpa unterzubringen, und für alle übrigen Fälle, die ſich nicht unter den (vag beſtimmten) Begriff des dol. indeterm. rubriziren ließen, die Bezeichnung: culpa dolo determinata zu erfinden, womit nur eine culpa dolo proxima [8]) bezeichnet ſein ſollte. Erſt ſpäter hat er ſelbſt mit Andern [9]) dieſe zweideutige Benennung zwar nicht aufgegeben, aber doch näher dadurch erklärt, daß er eine ideale Konkurrenz von dolus und culpa annahm. Mit Recht hat jedoch dieſer Begriff mannigfachen Anſtand gefunden, ſofern er offenbar auch ſolche Fälle umfaſſen ſollte, in welchen der Erfolg unvermeidlich, deshalb aber nicht bloß culpa, ſondern zum Mindeſten dolus eventua-

---

1) ſ. Böhmer l. c., der ſchon ganz deutlich zu verſtehen giebt, daß hier ein dol. eventualis ex re bewieſen werde, u. beſ. Püttmann Diss. cit.

2) Dieſe Fälle nimmt ſchon Carpzov aus.

3) Dieſe Beſchränkungen ſollte man bei den beliebten Standreden gegen den dol. indir. doch nicht ſo ganz ignoriren!

4) Böhmer will ſogar gegen Leyser den unvermeidlichen Erfolg ganz vom dol. indir. ausgemerzt haben. Gerade dadurch tritt die praes. doli bei bloßer luxuria oder gar reiner culpa in ſeiner Ausführung doppelt grell hervor. ſ. noch Gönner Rev. d. Begr. des dolus. S. 24 u. ſonſt.

5) ſ. z. B. Berner Imput. S. 258. Mittermaier a. a. O. Marezoll S. 108. not. 1. Verfehlt iſt andrerſeits die Vertheidigung der älteren Lehre bei Krug, der ihre allein beim impetus ſtattfindende Richtigkeit verkennt, und zwiſchen den Gründen geringerer Strafbarkeit bei dieſem und bei dem dol. event. nicht zu unterſcheiden weiß.

6) ſ. beſ. noch Kleinſchrod I. §. 19—23.

7) Bibl. f. peinl. Rwiſſenſch. I, 2. S. 234 f.

8) Feuerbach verlangte zuerſt für eine ſolche culpa gleiche Strafe, wie für den dolus. Später ſtellte er dieſelbe Anſicht wenigſtens frageweiſe hin. Krug S. 61 meint, F. habe auch den dol. indeterm. für geringer ſtrafbar gehalten.

9) ſ. beſ. Martin §. 36. (noch ſehr unklar). Grolman §. 52. 263. Weber N. Arch. VII. 565. 566. Wächter I, §. 81. Bauer §. 63. Abh. I. 300—304. Abegg §. 87. Marezoll S. 108. Berner Imput. S. 254 f. Geib im N. Arch. 1837. 1838. a. a. O. Mittermaier a. a. O.

lis vorhanden war [1]). Allein nicht nur hieran hat man Anſtoß genommen, ſondern es iſt auch mehrfach theils überhaupt [2]), theils mindeſtens für die hier (Anm. 2) in Rede ſtehenden Fälle die Richtigkeit der Annahme einer Konkurrenz von dolus und culpa in Abrede geſtellt worden [3]). Indeſſen iſt dies nicht unbedingt richtig. Es handelt ſich hier von zwei Erfolgen einer und derſelben Handlung, von denen der eine unvermeidlich, der andre nur wahrſcheinlich oder möglich iſt. Der kulpoſe ſchwerere Erfolg ſchließt daher die Abſicht der Hervorbringung des geringeren an ſich keineswegs aus [4]); ſelbſt die ſcharfſinnige Einwendung von Luden trifft wenigſtens den Fall eines durch eine culpa bewirkten Erfolgs nicht, da er die culpa überall nur in der Form der luxuria und den dolus nur in der Form des d. determ. anerkennt [5]). Was bei allen Gegnern als richtig anerkannt werden muß, das iſt der unverwüſtliche Drang des deutſchen Rechtsbewußtſeins, der Objektivität ihr Recht zukommen zu laſſen. Mit Recht bringen ſie daher darauf, daß von Konkurrenz von dolus und culpa nie die Rede ſein könne, wo der ſchwerere Erfolg unvermeidlich war, alſo mindeſtens dolus event. zu ſeiner Hervorbringung angenommen werden muß [6]). War jedoch jenes nicht der Fall, ſo iſt es allerdings richtig, den eingetretenen ſchwereren Erfolg bloß zur culpa oder luxuria zuzurechnen; — allein unrichtig iſt es, die dadurch keineswegs abſorbirte Abſicht der Bewirkung des geringeren Erfolgs daneben ganz zu ignoriren [7]). Je unumwundener aber dies hier zugeſtanden wird, um ſo dringender erſcheint es als nothwendig, vor der falſchen Humanität zu warnen, die ſo leicht geneigt iſt, in derlei Fällen dem läugnenden Verbrecher auf's Wort zu glauben und ſelbſt unvermeidliche Erfolge bloß zur culpa anzurechnen. Iſt dies geradezu unverantwortlich, ſo iſt es nicht minder unrichtig und ungerecht, wenn auch nur ſehr wahrſcheinliche Erfolge ſo ſehr häufig bloß zur culpa zugerechnet werden, während nach allen Umſtänden der geſunde Menſchenverſtand mindeſtens einen dol. eventualis ex re zu erſchließen gebietet [8]). — Die extremen

---

1) ſ. z. B. Roßhirt Entw. S. 184. 187. Bauer Abh. I. 303 ob. Berner Imput. S. 259. Im Lb. §. 60 ſpricht übrigens F. ſelbſt nur noch von einem möglichen Erfolg.

2) Roßhirt a. a. O. S. 183 f.

3) Henke I. §. 56. 57. Hefftter §. 70. not. 7. Luden Hdb. I. 265. 266. N. Rev. S. 305.

4) Was Roßhirt a. a. O. S. 188 dagegen ſagt, iſt nicht auf Begriffe zu bringen.

5) Nur unter dieſen (falſchen) Vorausſetzungen könnte das behauptet werden, was Luden Hdb. I. 265. n. 7. S. 266. n. 9. 10. aufſtellt. Was S. 268. n. 8. geſagt iſt, beweiſt für das im Text Geſagte. Mindeſtens unſicher iſt die Ausführung von Krug S. 32. 43. 44. 66—69.

6) Henke I. §. 57. Bauer Abh. I. 303. — Luden I. 266. n. 9. führt (freilich konſequenter Weiſe) nur dol. determin. an. Krug S. 23—31. 33—37.

7) Damit fällt man ganz in die Anſichten der Zeit vor Feuerbach (z. B. von Kleinſchrod) zurück. Bei Jenull u. Henke a. a. O. iſt das Richtige angedeutet und nur das Moment der idealen Konkurrenz nicht beſtimmt in's Auge gefaßt. Anders bei Roßhirt, Hefftter, Luden ꝛc., die nur culpa angenommen wiſſen wollen.

8) In dieſer Beziehung hat die an ſich ganz richtige Aufſtellung der culpa d. det. offenbar zu ſchweren Irrthümern und namentlich zu einer kraſſen Verſündigung gegen den Geiſt des deutſchen Rechts geführt. ſ. noch beſ. Gros Naturrecht §. 354. n. 1. 2. Morſtadt z. F. n. 1. z. §. 59. u. n. 1. z. §. 60. Birkler im Rechtsler. III. 483—494.

Richtungen der Doktrin haben ſich auch in der modernen Geſetzgebung fixirt. Die älteren von den neuen Gbüchern ſtehen noch mehr oder weniger unter dem Einfluſſe der Lehre vom dolus indirectus[1]) und es iſt dieſe ältere Anſicht (freilich neben ſtillſchweigender, resp. ausdrücklicher Anerkennung des bloßen Konkurrenzfalls) auch noch im ſächſ. (Art. 31) und im hannövriſchen GB. (Art 43. 44) in einer die Ausleger ſehr in Verlegenheit ſetzenden Weiſe erhalten geblieben[2]) (ſo zwar, daß das leztere in einer Reihe von Fällen gar keinen Gegenbeweis gegen die Präſumtion des Beabſichtigtſeins des Erfolgs zuläßt). Dagegen iſt die ſeit Feuerbach hervorgetretene Sucht, die Fälle des alten dol. indir. möglichſt in Konkurrenz von dolus und culpa aufzulöſen[3]), in die übrigen neuen Gbücher übergegangen[4]). An und für ſich ſind nun nach dem Bisherigen geſetzliche Beſtimmungen über Konkurrenz von dolus und culpa nicht zu tadeln[5]). Solche ſind vor Allem hinſichtlich der Fälle Anm. 1. nöthig; aber auch in denen der Anm. 2. kann wenigſtens der eingetretene Erfolg ein kulpoſer ſein. Ein Nachtheil iſt aber, daß dieſelben zum Theil ſichtlich nicht ſowohl auf die erſteren, ſondern vornämlich auf die lezteren berechnet ſind[6]). Man kann ſich kaum der Annahme entziehen, daß dieſelben auf der ſtillſchweigenden Präſumtion der bloßen culpa beruhen[7]). Das Gefühl, daß infolge der Anwendung der betr. Beſtimmungen manche Fälle mit unverhältnißmäßig leichten Strafen durchkommen würden, hat denn auch mehrfach zu Ausnahmebeſtimmungen im beſ. Theile geführt[8]),

---

1) ſ. beſ. d. Theres. art. 3. §. 2. (wogegen der C. Maxim. c. 3. §. 2. viel richtiger bloß von „augenſcheinlicher Todsgefahr" ſpricht). Oeſtr. GB. §. 1. (Jenull, Kitka, Hye ꝛc. wollen freilich die hier ausgeſprochene praes. doli auf das richtige Maß zurückführen. ſ. beſ. Kitka in: der Juriſt 1842. S. 42 f.) Preuß. LR. II, 20. §. 811—815. (vgl. Meyer Verſ. einer Prüfung d. Lehre vom Thatbeſt. S. 47 f. Temme Tödtung S. 89 f.) Bair. GB. Art. 41. (44). j. Anm. I. 152. (vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 530—534). ſ. auch Hélie V. 402 sq. u. Geſ. 1832.

2) vgl. Krug Studien I. 54 f. Schüler Beiträge S. 22 f. Weiß S. 158 f. — Leonhardt I. 216—223. vgl. Bauer Anm. I. 433 f. Schlüter Noten z. S. 40. 41.

3) ſ. übr. die legislat. Arbeiten Bauers und die ſogar übertriebenen Konzeſſionen an die ältere Theorie!

4) Wirt. GB. Art. 60. (aufgehoben) .Braunſchw. §. 28. Heſſ. Art. 61. Bad. §. 103. Thüring. Art. 30.

5) A. M. Luden Hdb. I. 263. n. 3. Goldtammer I. 243. (?) vgl. 238. 241. (unrichtig üb. das braunſchw. GB.) 433. Keine Beſtimmungen enthalten das preuß. GB. u. d. bair. Entw. (jetzt auch das Wirt. GB.).

6) ſ. beſ. im hann. u. wirt. GB., daher denn auch Bauer Anm. I. 445. u. Leonhardt I. 222. n. 20. in den Fällen der Anm. 1. nicht ideale, ſondern reale Konkurrenz annehmen. Der kulpoſe Erfolg kann auch der minder ſtrafbare ſein. Bauer Lb. §. 63 not. a. Henke I. §. 56. d. Luden a. a. O. Jedenfalls beſſer iſt daher die Faſſung im braunſchw., heſſ., bad., und beſ. im thüring. GB. ſ. auch den ſächſ. Entw. Art. 46. j. 47.

7) Daher die Praxis in Wirtemb., u. ebenſo ſeit 1848 in Baiern kaum mehr Mord oder Todtſchlag annimmt, ſondern alles auf culpa d. det. reduzirt! ſ. z. B. Bair. Strafger. I. 24. 29. 31. 43. 53. 172. 190. 358. 370 ff. 390. II. 75 ꝛc. 254.

8) ſ. z. B. Wirt. GB. Art. 246. 247. 260. 385. Bad. §. 212. 213. 225. Ueber das heſſ. ſ. Breidenbach I, 2. S. 85. 86. Bair. Geſ. 29. Aug. 1848. Art. 5. vgl. Krug S. 53. 54.

ja ſogar (für den Fall, wo der „nicht beabſichtigte Erfolg“ den Begriff der culpa ausſchließt) zu Ausnahmebeſtimmungen im allg. Theil[1]), die unverhältnißmäßig hart wirken können, und mindeſtens nicht für Konſequenz in den Prinzipien zeugen.

§. 77.

Weder für Abſicht, noch für culpa iſt zu vermuthen, ſondern ſtets der beſtimmte Schuldgrad zu erweiſen, welcher Beweis auch ohne Geſtändniß aus der Objektivität der Handlung entnommen werden kann, handle es ſich nun von einfacher oder zuſammengeſetzter Schuld. N. Rev. §. 112. a.

1) Ein Strafrecht, das den ſubjektiven Geſichtspunkt vorwiegen läßt und die äußere Seite der That bloß als das ſekundäre Erſcheinungsmedium des verbrecheriſchen Willens behandelt, muß die Ergänzung ſeiner ſubjektiven Einſeitigkeit in einem Beweisſyſteme von vorwiegend objektiver Natur ſuchen, daher namentlich keinen Anſtand nehmen, den dolus ex re (ex indiciis) erſchließen zu laſſen. Damit iſt aber[2]) für ein ſolches Strafrecht die praesumtio doli an und für ſich ſelbſt ausgeſchloſſen[3]). Es war daher durchaus verkehrt, wenn die älteren Juriſten ſchon von den Gloſſatoren an gerade aus dem römiſchen Rechte den Satz ableiteten: facta laesione praesumitur dolus[4]). Jedoch machten ſie von der Regel wieder in verſchiedener Weiſe Ausnahmen[5]) oder begünſtigten den Gegenbeweis auf exorbitante Weiſe[6]). Indeſſen fehlte es auch ſchon früher und ſpäter nicht an ſolchen, welche ſich gegen die praes. doli erklärten[7]). — Umgekehrt muß ein Strafrecht, das einſeitig den objektiven Geſichtspunkt vorwiegen läßt, die Ergänzung in einem Beweisſyſteme von vorzugsweiſe ſubjektiver Natur ſuchen; ein ſolches wird daher den Beweis der Schuld aus objektiven Wahrheitskriterien zum Mindeſten hintanſetzen und eben deshalb geneigt ſein, dieſelbe zu präſumiren. Daß dies in der That bei dem altgermaniſchen Rechte der Fall war, ergiebt ſich aus der Forderung des Ungefährseides, resp. der Selbſtanzeige

---

1) Hannövr. GB. Art. 44. ſ. dag. Breidenbach I, 2. S. 102. Hufnagel Strf.GB. m. Anm. S. 317. N. Rev. S. 445. 446.

2) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 208. 209. N. Rev. S. 331. 332.

3) ſ. beſ. Wening im N. Arch. II. 194—237.

4) Gl. zu l. 17 D. de except. rei jud. (44. 2.), z. l. 6. C. de dol. mal. (2. 21.) z. l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). vgl. Alciat. Comm. ad T. de jud. c. 10. Cujaz. ad T. C. ad l. Corn. de sic. Menoch. de praesumt. V, 3. nr. 14 sq. Farinac. qu. 88. nr. 13 sq. qu. 89. insp. 4. ꝛc. ꝛc. ſ. noch Quiſtorp §. 34. Lud. de Penn. brachte es auf 123 Arten den dol. zu präſumiren.

5) Menoch. z. B. nimmt die Regel nur bei ſchweren Verbrechen an. Die gewöhnliche Aushilfe lag dagegen in der Aufſtellung des verkehrten Grundſatzes: etiam fatua causa excusat a dolo. Boër. Decis. 168. nr. 11. Farinac. qu. 16. nr. 64. Boss. prax. crim. de decr. Mediol. n. 19. Tiraqu. de poen. temp. caus. 43. n. 1. Carpz. qu. 39. n. 10. qu. 140. n. 143. 144. Mit Unterſcheidungen Clar. §. fin. qu. 60. n. 21. 22.

6) ſ. z. B. Jason ad l. 8 D. de nov. op. nunc. (39. 1.) u. Consil. b. Bajard. ad Cl. §. fin. qu. 60. (n. 22.) n. 81.

7) z. B. Decian Tr. crim. I, 4. n. 16. Vouglans loix crim. de France I, 3. c. 1. §. 1 sq. Klein Grundſ. §. 116. Kleinſchrod I, §. 25. Tittmann §. 94. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 572—574. u. A.

oder des freiwilligen Bekenntnisses, wenn Jemand die Schuld überhaupt, oder eine schwerere Schuld von sich abwälzen wollte [1]). Der Fortschritt der Kultur führte jedoch von selbst zu der Nothwendigkeit, den Willen als Prinzip der Handlung nicht mehr bloß zu präsumiren, sondern wirklich zu setzen, eben deshalb aber auch das unvollkommene Beweissystem durch die gebührende Anerkennung der objektiven Wahrheitskriterien zu ergänzen. Beides geschah in Deutschland mit Hilfe der fremden Rechte, — ersteres durch die fortschreitende, in der P.G.O. in den Grundzügen vollendete Ausbildung der Schuldlehre, lezteres durch die Umgestaltung des Beweissystems, wie sie in der P.G.O. vorliegt [2]), freilich unvollkommen, sofern darin der Indizienbeweis nicht anerkannt wurde [3]). Ueber diese Beschränkung hat sich zwar die Praxis bald hinwegzusetzen gewußt, aber, weil es eben nur durch halbe Maßregeln geschah und (Angesichts des Art. 22) geschehen konnte, so hat sich auch die aushilfliche praesumtio doli bis auf die neuere Zeit forterhalten.

2) In ganz anderm Sinne, als in jener älteren Doktrin geschah, suchten Grolman [4]) und Feuerbach [5]) die praesumtio doli zu begründen, — als nothwendiges Komplement eines Systems nämlich, das den dolus nur in der Bedeutung des Vorsatzes gelten ließ (weshalb Kleinschrod aufrichtig genug gewesen war, zu sagen, der dolus — als das rein Innerliche — könne nur durch Geständniß bewiesen werden [6]). Feuerbach hat die Konsequenz später der allgemeinen Ungunst [7]), die sie erfuhr, geopfert, übrigens dabei die praesumtio der Zurechnungsfähigkeit in der Weise stehen lassen, daß ihr die Vermuthung der Verschuldung untergeschoben war [8]) (§. 55. Anm. 1).

3) So wenig eine Präsumtion für den dolus streitet, ebensowenig streitet eine solche für die culpa, sei es nun im Gegensatze zum dolus [9]), oder im Gegensatze zum casus [10]), ein Satz, der gewöhnlich nicht gehörig herausgehoben wird.

4) Was die neueren Gesetzgebungen betrifft, so wird bei ihrer Beurtheilung meist nicht gehörig zwischen der praesumtio doli überhaupt, und zwischen der

---

1) s. ob. §. 65. Anm. 5. §. 72. Anm. 2. Bei der Nothwehr hat sich dies noch im sächs. LR. und verwandten Rechtsquellen des MAs. erhalten.

2) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 248—296.

3) Der RA. 1594. §. 69. gestattete allerdings beim Landfriedensbruch die Erschließung des dolus ex indiciis. Allein auf diesen haben sich erst Neuere wieder berufen.

4) Bibl. I, 2. S. 70 f. Grundsätze §. 55.

5) Lb. §. 60. (in früheren Ausg.). s. auch Almendingen Bibl. II, 2. S. 239. 240.

6) Syst. Entw. I. §. 25. vgl. Heyer Abh. S. 33 f. Unbegreiflich ist, wie Luden Hdb. I. 347. n. 3. diese Ansicht auch mir zuschreiben mag!

7) Tittmann a. a. O. Stelzer Krit. d. Eggers'schen Entw. S. 40. 310—314. Oersted Grundr. S. 279 f. Schulze Entw. d. philos. Prinz. §. 270. n. 3. Borst im N. Arch. II. 434 f. Werner Hdb. §. 202 f. Henke I. §. 57. Wächter I. §. 83. Bauer Anm. I. 427 f. Abh. I. 279 f. Schuster de praes. doli 1829. Jarcke I. §. 30. Roßhirt Entw. S. 212 f. Abegg §. 80. Hefftter §. 73.

8) 9te Ausg. §. 86. 87. vgl. N. Rev. S. 254—257. 330. 331.

9) Zur Zeit Beccarias fand eine solche praesumtio Beifall.

10) Eine solche liegt in Ludens Ansicht über die culpa. s. N. Rev. S. 229—236.

bei erwiesenem dolus angeordneten praesumtio doli für gewisse schwerere Folgen der Handlung unterschieden [1]). Die erstere findet sich im preuß. ALR. II., 20. §. 27 [2]), im östr. GB. §. 413 [3]), im bair. Art. 43 [4]); — die zweite dagegen im ALR. §. 806 f., im östr. GB. §. 1, im bair. Art. 41. 44, im sächs. Art. 31, im hannövr. Art. 43, wogegen die erstere im sächs. [5]) stillschweigend, im hann. ausdrücklich (Art. 42) ausgeschlossen ist [6]). Letzteres ist auch im hess. GB. [7]) der Fall, wogegen im wirtemb., braunschw., badischen, thüringischen die Präsumtion als stillschweigend (resp. in den Motiven) verworfen [8]) anzusehen ist.

3) Materielle Absicht (Zweck).

§. 78.

Der Wille als das bewegende Prinzip der Handlung findet zwar in der objektiven Natur der letzteren seine angemessene, nach Art und Größe bestimmte objektive Existenz und eben hiemit das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit (§. 56. 58). Ueber dieses durch die objektive Natur der Handlung bestimmte Maß schreitet jedoch der Wille stets hinaus, und sucht durch die erzeugte äußere Existenz nur sich selbst zu befriedigen, seinen Zweck zu erreichen (§. 70. 73) [9]). Mit diesem Zwecke aber, dem besondern Inhalte, den er zur Seele seiner Handlung macht, verhält sich der Wille dem Rechte gegenüber negativ.

II. Die That.

§. 79.

Dem Rechte des Willens (§. 56. 58) steht nach dem Bisherigen das Recht der Thatseite gegenüber, welche 1) sich überhaupt als

---

1) so z. B. auch noch von Breidenbach I, 2. S. 49. n. 4. s. dag. Bauer Anm. I. 427 f. 433 f. Auch die östr. Juristen (außer Jenull) scheiden meist beides nicht gehörig.

2) vgl. Krim.O. §. 369. Indessen erscheint §. 27. nur als ungeschickter Ausdruck für den Satz, daß der dolus ex re bewiesen werden könne.

3) A. M. Hye S. 147—149. Mittermaier n. 2. z. F. §. 87. s. dag. Jenull I. 124. not. e.

4) vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 527 f. Höfler in v. Zurheins Zeitschr. I. H. 3. S. 282 f.

5) Weiß S. 162. 163. nr. 12.

6) Auch abgesehen vom Art. 43. 44. sind aber im hann. GB. verschiedene weitere Konsequenzen der praes. doli nicht vermieden. Leonhardt I. 212.

7) Art. 59. Auch hier gilt jedoch theilweise dasselbe, wie in der vor. Note. s. Breidenbach I, 2. S. 50. 51.

8) s. Hufnagel I. 104. III. 638. (Motive). Gleichwohl kommt im bes. Theil die Präsumtion nicht selten vor, z. B. bei der Vergiftung, beim Bankerott ꝛc. s. auch bad. GB. §. 401.

9) N. Rev. §. 113. 152. 153. Berner Imput. S. 224—227. Theilnahme S. 150—152. Aus dem Angef. erhellt, daß es falsch ist, den dolus als Zweck zu definiren, wie es Feuerbach, Grolman, Martin u. A. thun.

wesentlich, und bestimmter als Maß der Handlung und Zurechnung geltend macht. Würde dies aber abstrakt gesetzt, so würde 2) folgen, daß der rechtliche oder unrechtliche Charakter der Handlung sich nur nach der äußerlichen rechtsverletzenden oder nicht rechtsverletzenden Eigenschaft der Handlung bestimmte; dies wäre jedoch gegen den Begriff; denn es wäre der Wille als das bewegende und übergreifende Prinzip der Handlung nicht mehr anerkannt. Eben als dieses macht sich aber sofort der Wille geltend im Begriffe des Versuchs. Wie endlich 3) im Begriffe der Absicht das im Begriffe der culpa gebrochene Ebenmaß der beiden Seiten der Handlung sich dadurch herstellt, daß der Wille sich als den gerade auf die eigene objektive Natur der Handlung gerichteten Vorsatz bestimmt, so geschieht hier von der andern Seite her dasselbe dadurch, daß die Thatseite sich in der vollendeten Handlung als die völlig angemessene Objektivirung der Absicht darstellt. N. Rev. §. 114.

A) Geschehen und bloßer Wille.

§. 80.

Schon im Bisherigen (§. 58 f.) liegt a) die abstrakte Wesentlichkeit der Thatseite an der Handlung überhaupt, mithin die Unzurechenbarkeit des bloß Gewollten; b) der Anspruch, daß Alles, was als Handlung gelten wolle, in eine dem Willen angemessene Objektivität übergegangen sein müsse. N. Rev. §. 115. 116. j. §. 77.

1) Das Aeußere, Faktische an der Handlung kann näher in einem positiven Thun und Geschehen, oder aber auch in dem Unterlassen eines Thuns, dem Unterbleiben eines Geschehens bestehen, woraus der den Charakter der absichtlichen oder fahrläßigen Handlung bezeichnende Erfolg hervorgeht. Mit dem Begriffe der Unterlassungsverbrechen ist man früher kritiklos umgegangen, indem man ihn überall anwandte, wo überhaupt durch Unterlassen ein strafbarer Erfolg hervorgebracht wird [1]). Die eigentlichen Unterlassungsverbrechen, d. h. diejenigen, deren spezifisch verbrecherischer Gehalt eben nur in einem Unterlassen besteht, wurden zwar schon von älteren Kriminalisten richtig als solche bezeichnet, wodurch ein Präzeptivgesetz verletzt werde [2]). Allein, was eben nur von solchen eigentlichen Unterlassungsverbrechen gilt, das hat man mit Unrecht auf alle Fälle strafbarer Unterlassung ausgedehnt, d. h. man hat mit Unrecht den Satz aufgestellt, daß alle diese Fälle einen besondern Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraussetzen, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung der unterlassenen

1) Matth. Proleg. c. 4. n. 1. Winckler de crim. ommissionis. 1776. Püttmann advers. jur. II. c. 31. vgl. Klein Grundsätze §. 66. Grolman §. 29. Martin §. 69. Wächter I. §. 65. Jarcke I. 122. Tittmann I. §. 47. Salchow Darst. I. §. 12.

2) Engau Elem. §. 15. Koch instit. §. 21.

Handlung begründet werde [1]). Wenn nämlich hiemit gesagt sein soll, daß der verbrecherische Gehalt immer eben nur in der Nichterfüllung der gesetzlich oder sonst durch einen besondern Rechtsgrund konstituirten Verbindlichkeit zum Handeln bestehe, so ist dies nur für die eigentlichen Unterlassungsverbrechen richtig, nicht aber für diejenigen Fälle, wo mittelst einer Unterlassung ein Verbrechen von anderweitigem Gehalt, das auch durch positives Handeln verübt werden kann, begangen wird (z. B. Tödtung durch Verhungernlassen) [2]). Eine andre Frage ist dann aber die, ob in den Fällen der lezteren Art durch Unterlassung ein Verbrechen begangen werden könne ohne Voraussetzung einer speziell begründeten oblig. ad faciendum? Und diese Frage wird von der gewöhnlichen Theorie mit Recht verneint, wenigstens für die Regel [3]). Nur muß man nicht, wie gewöhnlich geschieht, die Materie dadurch verwirren, daß man die Frage über die negative Theilnahme an den Verbrechen Andrer, sowie die über Unterlassung der gehörigen Sorgfalt bei gefährlichen Handlungen, die man selbst begeht, mit hereinzieht [4]). Uebrigens wird sich unten zeigen, daß nach gehöriger Abtrennung verschiedener Fälle der Begriff des eigentlichen Unterlassungsverbrechens auf einen sehr geringen Umfang zusammenschwindet [5]). — Beispiele solcher Unterlassungen, die nicht als solche, sondern als Mittel zur Begehung eines auch auf andre Weise verübbaren Verbrechens strafbar sind, bietet das positive Recht in Menge dar [6]). Dabei ist in der Regel vorausgesetzt, daß der Unterlassende im vorliegenden Falle durch Gesetz oder Vertrag eine spezielle Rechtsverbindlichkeit zur Vornahme der unterlassenen Handlung gehabt habe [7]). Diese Regel sollte zwar nicht ausnahmslos aufgestellt werden; aber eben sowenig spricht dafür, sie gänzlich zu streichen und in der Strafbarkeit der verschiedenen Fälle keinen Unterschied zu machen [8]).

2) Der Satz: cogitationis poenam nemo patitur ist im römischen Rechte auf's Unzweifelhafteste anerkannt [9]). — Das kanon. Recht wurde zwar durch seinen religiösmoralischen Geist folgerichtig zur (wenigstens kirchlichen) Bestrafung

---

1) Feuerbach §. 24. beſ. Spangenberg im N. Arch. IV. 527 f. Schaffrath Allg. Thatbest. §. 231.

2) Luden Abh. II. 219 f. Hdb. I. 217 ff. Zachariä Verſuch I. 66—70. Breidenbach I. 1. S. 219. 220. Unklar iſt Mittermaier Note z. F. §. 24.

3) Hefftter §. 29. Bauer §. 64. f. auch Luden ſelbſt Hdb. I. 359—361. not. 7. j. not. 3. 5. und Abh. II. 244. 245.

4) Marezoll S. 128. 132. vgl. Spangenberg und Luden a. a. O.

5) Dieſe richtige Anſicht tritt neuerdings auch bei Luden hervor. ſ. auch Baumeiſter Bemerk. H. 1. S. 12. N. Rev. S. 441. 442.

6) L. 189 D. de V. S. (50. 16). L. 121 D. de R. J. (50. 17). L. 4 D. de agnosc. et alend. (25. 3). §. 6. J. de leg. Aqu. (IV. 3) und ſonſt.

7) Implicite ſagt dies das öſtr. GB. §. 1. 2., das bair. GB. Art. 1. 142., das wirt. Art. 1. Das hannövr. Art. 1. 225. Das bad. §. 1. 203. Das heſſ. Art. 2. (vgl. die Ausleg. v. Breidenbach I. 1. S. 216—223), das thüring. Art. 1. vgl. auch ſächſ. GB. Art. 1 (Krug Studien II. 54 f.), und in beſonderer Beziehung auf die Tödtung ausdrücklich das Wirtemb. Art. 136. Daß aber größere Beſtimmtheit am Platze wäre, zeigen mehrfach die neueren Kommentare. ſ. z. B. Leonhardt I. S. 48. vgl. mit Schlüter S. 5. not. 1 und beſ. Hufnagel I. 6. II. 10. III. 29. 30. Das preuß. GB. ſchweigt.

8) ſ. beſ. Hufnagel III. 283—285.

9) L. 18 D. de poen. (48. 19). L. 1. §. 1 D. de furt. (47. 2). L. 53. §. 1. l. 225 D. de V. S. (50. 16). Ueber entgegengeſetzte Anſichten von Cujaz. u. A. ſ. Zachariä Verſuch I. §. 100. Simoni dei delitti di mero affetto. I. p. 15 sq.

der nuda cogitatio geführt [1]); allein jedenfalls bequemte es sich mit der Zeit dem weltlichen Standpunkte und wiederholte die Aussprüche des röm. Rechts [2]), wurde auch in der Praxis in diesem Sinne gehandhabt, wenn gleich nicht ganz ausnahmslos [3]). — Hinsichtlich des deutschen Rechts ist die Giltigkeit jenes Grundsatzes niemals bezweifelt worden [4]). Der Grund desselben liegt aber einzig darin, daß es das Recht überall nur mit dem objektivirten Willen zu thun hat [5]).

3) Die Anerkennung der Wesentlichkeit der objektiven Seite erhält aber, abstrakt festgehalten, noch den bestimmteren im §. a. E. angegebenen Sinn. Die Thatseite kann sich nämlich als Totalität immer nur in der Weise behaupten, daß sie die Willensseite sich voraussetzt, da das Gegentheil die absolut gedankenlose Rohheit wäre [6]). Daher kann auch jene Auffassung der Thatseite als des überwiegend zu Berücksichtigenden, wo sie im positiven Rechte hervortritt, nicht ohne die angeführte Beschränkung verstanden werden, wenn gleich allerdings in Zeiten geringer Kultur die vorausgesetzte Willensseite nur erst in sehr groben Umrissen entwickelt sein, ja ihre Voraussetzung zeitweise geradezu als praesumtio doli bei bloßem Ohngefähr hervortreten kann. Die bekannten geschichtlichen Beispiele hiefür sind das germanische Recht und das römische Privatstrafrecht. Ueber das erstere s. o. §. 48. Anm. 2. Was dagegen das leztere [7]) betrifft, so lag es allerdings in der schlechthin mangelhaften Auffassung des Verbrechens als Privatdelikt, zunächst nur auf den Erfolg zu sehen und die Willensseite als ganz indifferent zu setzen. Allein diese ursprüngliche Rohheit der Auffassung erscheint in den uns vorliegenden älteren Bestimmungen des römischen Privatstrafrechts bereits als gemildert, resp. ganz beseitigt. Dagegen hat sich gemäß diesem Prinzipe bis in die lezte Zeit der andre Grundsatz [8]) erhalten, daß ein Privatdelikt nur mit wirklich rechtsverletzendem Erfolge denkbar sei. Hievon liegt auch keine Abweichung darin, daß man mit der Zeit das Bedürfniß empfand, auch bei Privatdelikten die bloß zum Versuch gediehene Handlung strafbar zu machen, und dieses Bedürfniß wenigstens theilweise dadurch befriedigte, daß man für derlei Fälle die

---

1) Csa 33. qu. 3. de poenit. D. 1. c. 25. 28—30. vgl. Csa 15. qu. 1. c. 13.

2) Csa 33. qu. 3. de poenit. D. 1. c. 14. 20.

3) z. B. bei der Häresie: s. J. Clarus §. fin. qu. 91. n. 1. vgl. dagegen Duranti spec. L. III. Rubr. 1.

4) P.G.O. Art. 178. Oestr. GB. §. 8. Bair. Art. 57. und Anmerk. I. 67. 177 ꝛc.

5) Matth. Proleg. c. 1. n. 5. 6. Mit Unrecht polemisirt Wächter I. §. 48. n. 3. hier gegen Feuerbach. Andere Gründe s. noch bei Henke I. S. 198. und den bei Zachariä Versuch I. §. 98. n. 2. 3. Angef.

6) R. Rev. §. 116. 117.

7) Mein Mord und Todtschl. S. 21. 27—29. 50. 51. 67 ff. vgl. schon Jac. de Bellov. III. c. 26. nr. 2—8. Cropp de praec. j. Rom. c. puniend. con. I. p. 67 sq. Zachariä a. a. O. I. 137—147.

8) Gaj. III. §. 223. Paul. R. S. V, 4. §. 6. Coll. II. §. 5. L. §. 1. 2 D. quod quisque jur. (2. 2). L. 5. §. 2 D. ne quis eum (2. 7). L. 15. §. 10. 17 D. de injur. (47. 10). §. 8 J. de Obl. quae ex del. (IV. 1). L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2). L. 27. §. 17. D. ad l. Aqu. (9. 2). L. 3. D. stellion. (47. 20). vgl. L. 36. pr. L. 43. §. 5. 10. 11. L. 52. §. 19. L. 67 D. de furt. (47. 2). L. 11. §. 3. L. 15. §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2).

actio injuriarum oder die accusatio vis oder eine andre gestattete [1]). Denn eben die Art der Aushilfe zeigt ja, daß man am Prinzip selbst nichts ändern wollte [2]).

B) Der Versuch.

§. 81.

Gemäß dem Begriff der Handlung muß aber die Objektivität derselben die Subjektivität als das über sie Uebergreifende anerkennen. Diese Bestimmung, für sich entwickelt, ergiebt den Begriff des Versuchs, in welchem sich eben jenes Uebergreifen spezifisch darstellt. Die Thatseite zeigt sich hier als die unvollkommene Erscheinung des Willens in der doppelten Weise, daß sie nicht die Extensität hat, welche im Willen lag, und daß sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält. N. Rev. §. 117. 118 [3]).

1) Ob das römische Recht (abgesehen von dem Kreise des Privatstrafrechts) schon in früherer Zeit, namentlich zur Zeit der 12 Tafeln, auch das bloß versuchte Verbrechen unter seinen Strafdrohungen begriff oder nicht, läßt sich nicht mit Sicherheit ermitteln [4]). In der Sullanischen Gesetzgebung tritt jedenfalls der Grundsatz als völlig ausgebildet hervor: daß der irgendwie thatsächlich geäußerte dolus das Strafbare, und zwar auf allen Stufen seiner Manifestation

---

1) Paul. R. S. II. 31. §. 35. L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2). vgl. L. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8).

2) Daß auch die l. 20 C. de furt. (6. 2) keine entgegengesetzte Regel aufstellt, darüber s. Zachariä I. 146. 147. vgl. Cropp l. c. S. I. 70. S. II. 140. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 559. Wächter Lb. I. S. 53. Luden Abh. I. 190. 191.

3) Tabor Diatrib. jur. argum. de conatu. 1669. Traug. Thomasius an poena delicti perf. puniendus sit. conat. 1735. vgl. Böhmer Hdb. d. Liter. S. 624—626. Meister Urth. und Gutachten nr. 25. Witzel kurze Erörterung d. Unterſch. zw. unterstandenen ꝛc. Verbr. 1808. Cropp Comm. de praec. jur. Rom. c. puniend. conatum del. 1813. Brunn-Neergard de con. del. 1817. Wintgens de con. del. 1822. Jordan de nonnullis controv. ad con. del. sp. 1826. Kettelhodt Comm. de consummat. del. 1826. Brower de con. crim. 1826. Lelièvre Comm. de con. del. 1828. Mittermaier im N. Arch. I. 163 f. II. 602 f. IV. 1 f. X. 536 f. Hepp Versuche nr. 10. und im N. Arch. 1836. S. 31 f. 230 f. Zachariä d. Lehre vom Versuch. 1836. 39. Luden Abh. I. 1836. Pfotenhauer Einfluß des faktischen Irrthums bei versuchten Verbr. 1838. Zirkler in Demmes Annal. V. nr. 6 und N. Arch. 1839. S. 276 f. Bauer Abh. I. 305 f. — vgl. noch Kitka in Wagners Ztschr. 1832. I. 161. 218. Sfari eb. 1835. I. 384 f. Menzel in Wildners Jurist. 1840. III. 103 f. Rossi traité II. c. 29 sq. Carmigniani teor. delle legge III. 304 sq. Romagnosi (Luden) II. 1—67. van de Veen de con. del. 1832. Niccolini del. tentativo. 1837. de Jonghe de del. adv. remp. comm. 1845. II. p. 143 sq. Sanio Obs. ad l. Corn. de sic. p. 86 sq. Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 58 f. 241 f. Haus Obs. s. le proj. de révis. I. 64 sq. Hélie II. p. 1 sq. Otto vom Versuch ꝛc. 1854.

4) Dagegen s. Luden S. 58 ff. Zachariä I. 106 f. Rein S. 123. Dafür Mein Mord und Todtschl. S. 42—48. 87—95. vgl. Cropp II. 40. 65. 82 ꝛc.

auf gleiche Weise Strafbare sei [1]). Es ist jedoch bestritten, a) ob das römische Recht eine allgemeine formelle Regel über den Versuch gehabt habe, was die meisten Aelteren seit den Glossatoren annahmen [2]), und was auch mehrere Neueren noch behaupten [3]), indem sie die vorkommenden Ausdrücke: imperfectum flagitium, conatus, voluntas sceleris, crimen coeptum, inchoatum für technische nehmen, oder ob umgekehrt das römische Recht den Begriff des Versuchs sich technisch noch gar nicht entwickelt, daher die von ihm mit Strafe bedrohten Versuchshandlungen formell als vollendete Verbrechen oder wenigstens als diesen gleich angesehen habe [4])? Von diesen Ansichten erscheint die leztere im Ganzen als die richtigere [5]), mit der Modifikation jedoch, daß denn doch im Laufe der Kaiserzeit die Unterscheidung von Versuch und Vollendung auch als technische aufgefaßt und aus dem Grundsatze, der in den leges in besonderer Anwendung zur Geltung gebracht worden war, nun auch wirklich eine allgemeine Regel formulirt wurde [6]). Eben damit erledigt sich b) die Frage, ob die in den leges so zahlreich vorkommenden Bestrafungen verschiedener Versuchshandlungen als strikt zu interpretirende Singularitäten [7]), oder nur als einzelne Anwendungen einer allgemeinen Regel anzusehen seien (wie man bisher fast allgemein annahm) [8])? Die frühere Ansicht hat wohl durchaus Recht, wenn sie jene Bestimmungen aus einer dem Geiste des öffentlichen Strafrechts der Römer entsprechenden Grundansicht

---

1) Cic. p. Cluent. 54. p. Milone 7. Coll. I. §. 2. 3. 6. L. 1 pr. §. 1. 3. L. 3. §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 7—9. C. eod. (9. 16). L. 1 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 3 pr. §. 5 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). L. 6. §. 2 D. ad leg. Fab. (48. 15). L. 1. §. 1. 2. L. 8. 9 pr. §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10).

2) In der Regel jedoch nur in Beziehung auf delicta atrociora. s. Gloss. z. l. 5 C. de episc. et cler. Azo ad l. 5 C. ad l. Jul. maj. Bartol. ad l. 15 C. ad l. Corn. de sic. Die Ansichten von Gandinus, J. de Bellovisu, Battandier, J. Clarus, Cujaz, J. Gothofredus, Damhouder, Matthaeus s. bei Zachariä I. 96—102.

3) s. bes. Welcker letzte Gründe S. 555 f. Cropp I. 51 sq. Roßhirt Lb. §. 47. Entw. 320. Schröter §. 83. Wächter I. §. 85. n. 67.

4) Bynkershoek Obs. III. c. 10. Nordkerk Obs. c. 10. Püttmann Elem. §. 32. 58. Cremani de j. crim. I. P. 1. c. 4. §. 50. Renazzi Elem. I. c. 4. §. 5. Simoni dei delitti di mero affetto. I. c. 1. 2. Lelièvre p. 65 sq. Sanio p. 86 sq. Zachariä I. 110 f. II. 88 f. Luden S. 9 f. 257 f. Rein S. 124—126. de Jonge II. p. 54 sq. Pfotenhauer S. 128. 160.

5) Rein Mord und Todtschl. S. 105—126. vgl. Cropp I. 69. Kettelhodt p. 8.

6) L. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8), — eine freilich sehr verschieden erklärte Stelle, — L. 5 pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8), L. 1 C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26). L. 7—9 C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). L. 3. §. 3. 4. l. 13 D. eod. (48. 8). §. 15 J. de publ. jud. (IV. 18). L. 16 C. de quaest. (9. 41). L. 5 C. de episc. et cler. (1. 3). L. 6 pr. C. de his qui ad eccl. (1. 12). L. 3. §. 11. L. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). L. 10. §. 1. L. 11 pr. D. ad l. Jul. pecul. (48. 13).

7) Dies behaupten eben wieder Bynkershoek, neuerdings Sanio, Zachariä, Luden, Rein und die übrigen zuvor Genannten.

8) Dabei gieng die communis opinio dahin, daß die Regel entweder allgemein oder doch bei del. atrociora (resp. crimina ordinaria) auf gleiche Bestrafung des Versuchs und der Vollendung laute. A. M. Kress ad art. 178. §. 2. nr. 6. und Meister Urtheile und Gutachten S. 422 f. und im N. Arch. I. 466—470, — und wenigstens relativ Böhmer Med. ad art. 178. §. 8—10 und die dort Angef.

ableitete, Unrecht dagegen, wenn sie schon zur Zeit der quaestiones perpetuae diese Grundansicht als Regel formulirt annahm. Andrerseits hat die neuere Ansicht wohl sehr Unrecht, wenn sie Letzteres auch für die Zeit läugnet, wo mit der cognitio extra ordinem eine freiere Bewegung gestattet war [1]). Sie vermag jedenfalls nicht in Abrede zu ziehen, daß im Laufe der Zeit die ausnahmsweise strafbaren Versuchsfälle durch Sconsulta, Reskripte ꝛc. vielfach vermehrt und solche Fälle häufig durch usus zu eignen crim. extraordinaria geworden seien [2]). In der That fehlt es nicht an Beispielen hiefür [3]), während im Uebrigen die crim. extraordinaria, was die Bestrafung bloßer Versuchshandlungen betrifft, bald wie die Privatdelikte (namentlich solche, die aus Privatdelikten hervorgegangen oder wesentlich nur polizeilicher Natur waren) [4]), bald nach der bei den crim. ordinaria befolgten Regel behandelt wurden [5]). Es wurde aber die cognitio extra ordinem mit der Zeit noch weiterhin das Mittel, den Begriff des Versuchs auch technisch in das röm. Recht einzuführen [6]), und zwar bereits in der Weise, daß wenigstens in einzelnen Fällen der Versuch eine gelindere Behandlung erfuhr, als das vollendete Verbrechen [7]). —

2) Im entschiedenen Gegensatze gegen das römische Recht steht das germanische, — nicht etwa in der Art, daß es die materielle Rechtsverletzung als solche ohne Rücksicht auf den Willen als das Strafbare angesehen und folgeweise den bloß zum Versuche gediehenen Willen nie gestraft hätte [8]), sondern nur in der Weise, daß es die That zum Maß der Strafbarkeit macht. Der einfachste und rohste Ausdruck hiefür ist der, daß überall nur beim Vorhandensein einer äußeren Rechtsverletzung Strafbarkeit angenommen und das darüber hinaus etwa weiter beabsichtigte größere Verbrechen nicht beachtet wird [9]). Bei fortschreitender Bildung muß es dann aber nothwendig dazu kommen, daß diese naive Auffassung der Handlung überwunden, d. h. daß der Wille als das bewegende Prinzip

---

1) s. auch Einräumungen bei de Jonge II. 78 sq., bes. aber Zirkler a. a. O.

2) vgl. z. B. Zachariä I. 116. 131—133. II. 103. n. 3. Rein S. 126.

3) Paul. R. S. V, 4. § 4. 5. 14. L. 1 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 3. §. 2 D. de off. praef. vig. (1. 15). L. 4. §. 12 D. de R. M. (49. 16), L. 38. §. 5 D. de poen. (48. 19). L. 1 §. 2 D. de effract. (47. 18). Nov. 14. L. 13 D. de cust. reor. (48. 3). l. 8 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

4) L. 1. §. 1. l. 3 D. de abig. (47. 14). L. 16. §. 7 D. de poen. (48. 19). L. 1. §. 1 D. de effract. et expil. (47. 18). L. 1. §. 7 D. de off. praef. urb. (1. 12). l. 3 D. de his qui not. (3. 2). Paul. R. S. V. 4. 13. V, 12, 6. L. 3 D. de stellion. (47. 20).

5) L. 1. pr. D. de praevaric. (48. 15). L. 11. §. 2 D. de publican. (39. 4). Paul. V. 4, 16.

6) L. 1 pr. §. 2 D. de extraord. crim. (47. 11). Nov. 117. c. 9. §. 3. L. 1. §. 2 D. quod quisque (2. 2). L. 5 C. ad l. Jul. maj. (9. 8). L. 1 C. Th. ne praeter crim. maj. (9. 16) L. 1 C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26).

7) L. 1 pr. §. 2 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 6 pr. D. eod. L. 3. §. 10. 11 D. de R. M. (49. 16). L. 16. §. 8 D. de poen. (49. 18). vgl. Platner quaest. p. 383. N. Rev. S. 409. 410. und Zachariä II. 98.

8) so noch Berner Imput. S. 289. 290.

9) Wilda S. 598 antizipirt hier, wie gewöhnlich, für das altgermanische Recht einen geistigen Standpunkt, dem es noch nicht gewachsen war. S. 599 gibt er aber selbst zu, daß die germanische Rechtssprache keinen Ausdruck für den Begriff des Versuchs gehabt habe.

derſelben erkannt wird. Damit entſteht dann erſt der Begriff des Verſuchs, welcher die Rückſicht auf das Hinausſtreben des Willens über die vorliegende unvollkommene Erſcheinung zur Vollendung der vorgeſetzten Handlung vorausſetzt [1]). Es wird aber ein Recht, das von der angef. Grundanſicht über die Weſentlichkeit der Thatſeite ausgeht, niemals das verſuchte Verbrechen dem vollendeten in der Strafe gleichſtellen können [2]). In der That trifft alles dieſes bei dem germaniſchen Rechte zu. Weit die Mehrzahl der darin vorfindlichen Beſtimmungen gehört dem erſteren Standpunkte an, d. h. es wird eine auf die Hervorbringung eines größeren Verbrechens gerichtete, aber fehlgeſchlagene Abſicht nur inſoweit gewürdigt, als ſie wirklich zu einer geringeren Rechtsverletzung geführt hat, die nun als ſolche [3]) beſtraft wird [4]). Allein gleichwohl findet ſich auch in mehreren Beſtimmungen der Volksrechte der Begriff des Verſuchs bereits deutlich aufgefaßt, dabei aber auf den Verſuch faſt immer eine bedeutend geringere Strafe geſetzt, als auf das vollendete Verbrechen [5]). Zugleich zeigen ſich manche, welche auf verſchiedene Weiſe einen Uebergang von der einen zur andern Auffaſſung zu machen ſuchen [6]). Nur ganz vereinzelt, und ohne Zweifel aus dem Einfluſſe des röm. Rechts oder der Geiſtlichkeit zu erklären, findet ſich gleiche Beſtrafung des Verſuchs mit dem vollendeten Verbrechen angeordnet [7]). — Im kanoniſchen Rechte hat ſich kein feſter Grundſatz über die Strafbarkeit des Verſuchs gebildet. Im Dekret ſind eine Reihe der römiſchen Beſtimmungen aufgenommen [8]), wogegen die Dekretalen ſich bald zu der (dem Geiſte des kan. Rechts ohne Zweifel gemäßeren) Anſicht des röm. Rechts neigen [9]), bald ſich der germaniſchen Auffaſſung anbequemen [10]). — In den Rechtsbüchern des MAs. finden ſich nur theilweiſe Spuren von der Auffaſſung des Verſuchs als

---

1) Dieſe verſchiedenen Standpunkte hält auch Zachariä II. 8. 9. und 130—134 bei Beſprechung des älteren deutſchen Rechts nicht gehörig auseinander.

2) Nur dies hat Luden S. 302 f. am germaniſchen Recht hervorzuheben gewußt, dem er überdies ſehr willkührliche Behauptungen unterſchiebt.

3) Hierin liegt das Weſentliche, nicht in dem Unterſchied von Buße und Wergeld, den Wilda mit hereinzieht.

4) L. Rip. tit. 2—5. L. Alam. tit. 65. L. Baj. III, 1. VII, 1, 3. L. Fris. tit. 22. L. Angl. et Wer. tit. 2—5. L. Burg. tit. 37. L. Wisig. VI, 2, 4. VI, 4, 2. K. Alfreds weltl. Geſ. c. 11. Wilh. Geſ. c. 19. vgl. L. Wisig. VIII, 6, 3. L. Burg. XV, 1. XXV, 1. XXVII, 7. Ed. Roth. c. 26—28. 139. 282. 289. L. Sal. em. XII, 5. 6. XXIX. 7. 13. 26. 33. 34. L. Alam. tit. 58.

5) Nicht hierher gehören hochverrätheriſche Verſchwörungen u. landesverrätheriſche Verhandlungen (L. Sax. III, 1. L. Baj. II, 1. 3. L. Roth. c. 1. 3. 4. 7), da man hierin vollendete Verbrechen ſah; — wohl aber L. Sal. em. XVIII, 1. XIX, 1, 10. 11. XXI, 1. XLIII, 10. 11. Ed. Roth. c. 140. 141. L. Wisig. VI, 2, 2. L. Sax. II. 10. Nicht beachtet ſind dieſe Stellen bei Roßhirt Entw. S. 314. 315.

6) ſ. beſ. L. Alam. 71. L. Wisig. VI, 4, 8. L. Rip. 83. L. Baj. III. 2. 4—6. 7. (vgl. Grimm RA. S. 651). Constit. regni Sic. I. tit. 2. 12. L. Sax. I. 6. 8—10.

7) Capit. Car. M. VII. 212. (W. II. 723). Dagegen gehört hierher nicht, wie Luden S. 326. 327 meint, L. Burg. II, 1—5., eher vielleicht L. Baj. VII, 18. L. Wisig. VI, 3, 1.

8) Caus. 33. qu. 3 de poenit. D. 1. c. 6. 9—17. 19.

9) c. 3. X. de spons. (4. 1). c. 7 X. de eo qui cogn. (4. 13). c. 1 in 6° de homic. (5. 4).

10) c. 6. 18. X. de homic. (5. 12). Zachariä I. 168. 169. II. 139. 140.

ſolchen [1]), wogegen allerdings mancherlei materiell als bloße Verſuche erſcheinende Handlungen unter der elaſtiſchen Rubrik des Friedebrechens überhaupt [2]) oder unter beſondern Rubriken, wie z. B. Heimſuchung [3]), Wegelagerung [4]), Schwerdtzücken ꝛc. [5]), resp. unter dem Hinzutreten der prozeſſualiſchen Grundſätze über handhafte That [6]) größere oder geringere Strafe nach ſich ziehen konnten. Jedenfalls erſcheint als der vorherrſchende Gedanke der, daß der Verſuch als ſolcher nicht, oder — wenn überhaupt — doch bedeutend geringer, als das vollendete Verbrechen zu ſtrafen ſei [7]), was aber in der Regel [8]) nur in der Weiſe hervortritt, daß die Verſuchshandlung als eigenthümliches Verbrechen geringerer Gattung gewürdigt wird. Dieſe germaniſche Auffaſſung hatte ſich im MA. auch in italieniſchen Statutarrechten geltend gemacht [9]), wenn gleich es auch nicht an Beiſpielen der ſtrengeren (römiſchrechtlichen, dem Standpunkt des Polizeiſtaats entſprechenden) Auffaſſung des Verſuchs fehlte [10]). Jedenfalls erſchien die erſtere ſo ſehr als die überwiegende, daß ſelbſt die Gloſſe [11]) ſchon davon Notiz nahm, die italieniſchen Praktiker aber dieſelbe geradezu als eine generalis totius mundi consuetudo aufführten, die eines weiteren Beweiſes gar nicht bedürfe [12]). Bei dem offenbaren Konflikt aber, der hiemit zwiſchen römiſchem und germaniſchem Recht entſtand, half ſich die italieniſche Doktrin mit einer Akkomodation, indem ſie zwar die germaniſche Anſicht, daß der Verſuch jedenfalls geringer zu ſtrafen ſei, als die Regel gelten ließ [13]), dagegen auch wieder

1) ſ. beſ. Schwäb. LR. c. 326. (vgl. L. Alam. 71). Magdeb. R. 1304. not. 8 (Gaupp S. 271). Auton. v. Speier b. Lehmann IV. 16. n. 6. 7. Oeffn. v. Kyburg (Grimm Weisth. I. 19), von Rickenbach, Tablatt, Rorſchach ꝛc. (eb. 215. 229. 236). Sehr viel Willkührliches enthält hierüber Luden S. 335—397.

2) Sächſ. LR. I. 63. §. 1. II. 71. III. 45. §. 11. KaiſerR. II, 19 und die meiſten Geſetze über den Landfrieden.

3) Schwäb. LR. c. 301. I. Landfr. Rudolphs I. a. 1281. art. 6. 7. Saalfeld. Stat. (Walch I. Art. 1.) Augsb. Stat. (W. IV.) art. 184 f. Wiener Stadtr. 1221. c. 29. (Gaupp II. 245).

4) Rechtsb. n. Diſtinkt. IV. 12. Goſl. Stat. (Göſchen) S. 46, 19—25. ſ. noch Ref. d. bair. LRs. 1518. Tit. 16. art. 5. 6.

5) Sächſ. LR. I. 62. §. 2. Goſl. Stat. (Göſchen) S. 34, 30—34. Soeſter Schrae Art. 32 (Emmingh. p. 103).

6) Sächſ. LR. II. 16. §. 2. Goſl. Stat. (Göſchen) S. 34, 5—8. Rechtsb. n. Diſt. IV, 7, 5. vgl. das o. a. Magdeb. R.

7) Wenn Luden namentlich die Vergiftung dagegen anführt, ſo iſt dies entſchieden falſch, da ſie gar nicht als Verſuch, ſondern als vollendetes Verbrechen nach Analogie der Zauberei erſcheint. Bezeichnend genug iſt im Gegentheil, daß ſich die Gloſſe zu SSp. II, 13 für das Gegentheil (beim nächtlichen Diebſtahl) auf das röm. Recht beruft.

8) Ausnahmen von der gemeinen Strafbarkeit finden meiſt nur da ſtatt, wo die materiell als Verſuch erſcheinende Handlung ſchon an ſich oder in prozeſſualiſcher Hinſicht ſelbſt als Friedensbruch hervortritt. ſ. auch Zöpfl Bamb. R. S. 128.

9) z. B. Stat. Ravenn. bei Zachariä II. 135. n. 2. Stat. Forrariae u. A. bei Menoch. arb. quaest. II, 4. cas. 360.

10) z. B. Mailänder Stat. b. Zachariä a. a. O. n. 3.

11) Gl. zu l. 11 D. de rer. div. (1. 8).

12) ſ. darüber Luden S. 403 f. Zachariä I. 96—101. II. 138—152. Roßhirt Entw. S. 319—321. Pfotenhauer S. 170 f. Eine höchſt wunderliche Auffaſſung der germaniſchen Anſicht im Gegenſatz zu der (richtig aufgefaßten) republikaniſch-römiſchen ſ. bei Brackenhöft S. 63—67.

13) ſ. beſ. Durantis Spec. IV. de accus. §. 1. Bartol. ad l. 1. §. 3 D. ad l. Corn. de sic. Baldus ad l. 3. C. de serv. fug., ad l. 5. C. (1. 3). u. ad

auf den Grund des röm. Rechts (resp. des kanon.) [1]) hin bald mehr, bald weniger Ausnahmen in Beziehung auf crimina atrociora od. atrocissima machte, bei denen mindeſtens der nächſte Verſuch der Vollendung gleich beſtraft werden ſollte, wogegen faſt allgemein angenommen wurde, daß bei delicta leviora ſchon nach röm. Recht der Verſuch ſtraflos ſei. — Indeſſen ergiebt ſich namentlich aus Clarus [2]), daß die italieniſche Praxis zu ſeiner Zeit ſehr ſchwankte, wogegen in der deutſchen Praxis vor der P.G.O. von einer Beſtrafung des Verſuchs als ſolchen nicht die Rede geweſen zu ſein ſcheint [3]). — Höchſt wahrſcheinlich auf der Grundlage der ital. Doktrin [4]) ſtellte nun aber die P.G.O. Art. 178 (Bamb. 204) ebenſo treffend als bündig den allgemeinen Grundſatz auf, daß der Verſuch bei peinlich (nicht bei bürgerlich, resp. polizeilich im modernen Sinn) [5]) zu ahndenden Vergehen peinlich, aber daß er ſtets [6]) gelinder, als das vollendete Verbrechen beſtraft werden ſolle. — Gleichwohl hielten ſich die deutſchen Kriminaliſten [7]) ſeit der P.G.O. noch immer weniger an ſie, als an das röm. Recht [8]) oder mindeſtens an die Lehre der Italiener, namentlich an den Satz, daß bei den crimina atrocissima (wohin freilich der eine dies, der Andre jenes rechnete) der Verſuch der Vollendung gleich zu beſtrafen ſei [9]). Mit Entſchiedenheit wurde der allgemeine Grundſatz der P.G.O. erſt von Kreß als ſolcher geltend gemacht; und dieſe Anſicht wurde ſeit dem 18. Jahrh. weitaus [10]) die herrſchende [11]). Nur beim Hochverrath machten immer noch Viele bis auf die neuere Zeit eine durchaus verwerfliche [12]) Ausnahme. — Auch in den Geſetzgebungen

---

l. 11. C. (9. 1). Bonif. de Vitell. rubr. de homic. u. de insultu. Bossius b. Zachariä II. S. 143. Clarus §. fin. qu. 87. n. 1. qu. 92. Menoch. cas. 360. Damhouder bei Zachariä II. 168. 169. Rauchdorn eb. S. 170—172.

1) c. 1. in 6° de homic. (5. 4). Augustin. Arim. ad Angel. rubr. Et Sempr. Rud. nr. 7.

2) §. fin. qu. 92. Gegen deſſen Darſtellung bei Zachariä ſ. Pfotenhauer S. 177. 178.

3) Zachariä II. 166. n. 1. vgl. I. 172. n. 1. Abr. Sawr und Seb. Brand beweiſen nur, daß die romaniſirenden Gelehrten hier, wie ſonſt, die einheimiſchen Grundſätze über Bord zu werfen geneigt waren. Uebrigens führt Sawr ſelbſt an, daß nach ſächſ. Recht der Verſuch ſtraflos ſei. vgl. Sächſ. Lehnr. 39. §. 2. u. die bei Carpzov qu. 17. n. 15. citt.

4) Zachariä II. 153. Pfotenhauer S. 163—180. Heffter Lb. §. 76. n. 6.

5) Alſo z. B. nicht in den Fällen der Art. 157. 165. 167—169. der R.P.O. 1577. Tit. 17. §. 1—8. Blumblacher ad art. 178. p. 409. Gegen Wächters Behauptung, daß die röm. Privatdelikte ausgeſchloſſen ſeien, ſ. Zachariä I. 176. n. 4. A. M. Luden Hdb. I. 380. n. 3.

6) Eine Ausnahme enthält der Art. 130. A. M. iſt mit Carpzov u. Blumblacher auch wieder Zachariä II. 156. 157. ſ. jed. Wächter II. §. 169. n. 47. b.

7) Luden S. 426—434. Zachariä II. 166 f.

8) ſo Perneder u. König.

9) ſo Remus, Rauchdorn, Vigelius, Em. v. Rosbach, und ſelbſt Carpzov, der zwar qu. 17. n. 13. die Regel der P.G.O. allgemein aufſtellt, doch aber wieder die eine und andre Ausnahme macht, desgl. Blumblacher.

10) A. M. war Böhmer ad Carpz. qu. 2. obs. 4. Med. ad art. 178. §. 7. sq. u. neuerdings noch Tittmann I. § 98.

11) ſ. die Citate bei Zachariä II. 182—185.

12) ſ. dag. Kleinſchrod I. §. 41. Wächter II. §. 228. n. 34. Luden

seit der P.G.O. tritt noch längere Zeit hindurch die Ansicht hervor, daß bei del. atrocissima eine Ausnahme gemacht werden müsse [1]), mindestens bei beendigtem Versuche. Dagegen findet sich der Grundsatz der P.G.O. als allgemeiner (höchstens mit Ausnahme des Hochverraths) [2]) fast in allen deutschen Gesetzgebungen seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts anerkannt [3]). Im Gegensatz hiezu hat das französische Recht seit dem Ende des vorigen Jhs. [4]) den Grundsatz aufgenommen, daß jeder zum Anfang der Ausführung gediehene Versuch — bei Verbrechen allgemein, bei Vergehen wenigstens in den gesetzlich besonders bestimmten Fällen — dem vollendeten Verbrechen gleich bestraft werden solle [5]). Dieser Auffassung nähert sich das preuß. GB. §. 31—33 [6]), und — in noch minderem Grade — das Wirt. Ges. v. 13. Aug. 1849, Art. 10 [7]) (resp. das östreichische, welches den Versuch (§. 8.) wenigstens theilweise als Strafmilderungsgrund auffaßt) [8]). Dagegen haben die neueren Gesetzgebungen meistens den Begriff des Versuchs, abweichend von der P.G.O., ganz allgemein aufgestellt. Abweichungen s. im preuß. GB. (das dem Code pén. folgt), und im Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 11. 12 [9]), welches mehr dem Sinn der P.G.O. entspricht.

§. 82.

Hiernach sind im Begriffe des Versuchs folgende Momente zu unterscheiden. 1) Das Willensmoment bestimmt sich nothwendig als dolus. Denn über die Thatseite bestimmend übergreifen kann nur der positive, als Vorsatz und Absicht erscheinende Wille, während der negative, kulpose Wille umgekehrt durch das Thatmoment als das über ihn Uebergreifende bestimmt ist, daher Versuch und culpa sich gegenseitig abstoßen. Näher aber kann das Willensmoment im Versuch der dolus nicht in der Bedeutung des Vorsatzes, sondern nur in

---

S. 510. n. 1. Zachariä im N. Arch. 1838. S. 221 f. Bauer Strafrechtsfälle II. 201 f.

1) Kursächs. Konst. 1572. Preuß. LR. 1620. b. Zach. II. 191—196. vgl. dagegen das bair. LR. 1616. Das Kurpfälz. 1582. eb. S. 198—200, und andrerseits wieder die Oestreich. L.G.O. 1678. eb. S. 200—202.

2) Eine rühmliche Ausnahme macht der Cod. Maxim. c. 8. §. 2, wogegen die Theres. auch beim qualif. Mord den Versuch der Vollendung gleichstellt.

3) Zachariä II. 205—224. Bair. GB. Art. 57 ff. Wirt. Art. 61—73. Hannövr. Art. 36—38. Sächs. Art. 26. Braunschw. §. 35. 36. Hess. Art. 63—70. Bad. §. 104—116. Thüring. Art. 22—28. Sächs. Entw. Art. 39—41.

4) Ueber das ältere franz. Recht s. Hélie c. X. u. Tiraqueau, Jousse ꝛc. ꝛc. ib. citt. Lelièvre p. 159—188.

5) Code pén. art. 2. Ueber das Ges. v. J. 1832. s. Hélie l. c. Rossi traité II. c. 31. Lelièvre p. 203 sq. Die Praxis hilft sich mit circonst. attenuantes.

6) Beseler S. 146—151. Goldtammer I. 244 ff.

7) so auch der Bair. Entw. Art. 39.

8) Hye S. 298. 333. 334.

9) vgl. Polizei-Straf.GB. Art. 107.

der Bedeutung der Abſicht (§. 73) ſein, da im erſteren Falle der Begriff des Verſuchs vom ſubjektiven Belieben abhienge, während er doch vermöge ſeiner Beziehung auf den Begriff der Handlung nothwendig zugleich eine objektive Maßbeſtimmtheit haben muß. N. Rev. §. 119. u. oben §. 68.

1) Die Nothwendigkeit dieſes erſten Erforderniſſes iſt faſt ausnahmslos [1]) anerkannt. Mit Recht hat man ſie bald aus dem Begriff des Verſuchs [2]), der die Richtung auf ein Ziel einſchließe, bald aus dem Begriff der culpa abgeleitet, der in der That erſt mit der rechtsverletzenden Folge ſelbſt in die Exiſtenz tritt, da erſt nach wirklichem Eintritt der Folge die Frage entſtehen kann, ob dieſelbe vorher hätte bedacht werden können [3]), ſowie auch erſt der eingetretene Erfolg den Haltpunkt für eine beſtimmte Strafe des kulpoſen Handelns giebt [4]). Etwas Andres iſt es, wenn die Polizei gewiſſe zunächſt bloß möglicherweiſe rechtsverletzende Handlungen herausgreift und eben um ihrer Gefährlichkeit willen zu Polizeivergehen ſtempelt [5]) (§. 18. 68). Solche Polizeivergehen ſind dann eben nur als vollendete Polizeiübertretungen, keineswegs als Verſuche kulpoſer Vergehen anzuſehen [6]). Vielmehr iſt aber noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß auf kulpoſe Handlungen ebenſowenig der Begriff der Vollendung, als der des Verſuchs Anwendung leide, da beide Begriffe nothwendige Korrelate ſind [7]). — Daß ferner der dolus hier in der Bedeutung der Abſicht genommen, d. h. daß nicht der beliebige Vorſatz oder Endzweck des Handelnden, ſondern der Begriff des Verbrechens der Beſtimmung des Begriffs des Verſuchs zu Grund gelegt werden müſſe [8]), iſt gleichfalls als allgemein [9]) anerkannt zu

1) Ausnahmen machen Grolman §. 49. (als Konſequenz ſeiner philoſophiſchen Anſicht) und (ohne ſolche Folie) Hepp Verſuche S. 259 f. u. N. Arch. 1836. S. 35—41, der ſich hier ganz mit Unrecht auf Romagnosi beruft. ſ. dag. Bauer Abh. I. 291. 328. Luden S. 267. n. 2. Pfotenhauer S. 42—45. Zachariä I. 37—42. N. Rev. S. 340—342. vgl. de Jonge II. 223—230. Otto S. 1—10. 36.

2) Böhmer Med. ad art. 178. §. 2. Kleinſchrod I. §. 36. Mittermaier N. Arch. I. 165. 181 f. X. 542. Roßhirt Entw. S. 330. 331. Lelièvre p. 13. Henke I. 254. Tittmann I. §. 96.

3) Henke I. 255. u. 355. 356, wo er der übrigens die Natur der kulp. Handlung verkennenden, krim. polit. Deduktion von Oerſted Grundregeln S. 250 f. folgt. Schröter §. 90. Martin §. 35. 49. u. Rechtsgutachten I. S. 31 f. Hye S. 302. Carmigniani teoria d. leggi II. 306. 307.

4) Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 39. Mittermaier N. Arch. X. 542. Wintgens p. 17—19.

5) Subtile Beſtimmungen, die dieſen einfachen Sachverhalt verkennen, ſ. bei Winssinger diff. inter del. dol. et culp. p. 16. 59. 60. 93—95.

6) Rossi Traité II. ch. 22. vgl. die richtige Bem. v. Hepp N. Arch. 1836. S. 41. über die Inkonſequenz der modernen Strafgeſetzgebung. ſ. auch Luden Hdb. I. 387—389.

7) Zachariä I. 39. N. Rev. S. 343, jetzt auch de Jonge l. c. p. 228. A. M. Luden Hdb. I. 368. n. 1. (wodurch aber das hier Geſagte gerade beſtätigt wird).

8) Kleinſchrod I. §. 32. 33. Romagnosi genesi §. 660 sq. Mittermaier N. Arch. I. 165. 166. IV. 1 f. Cropp I. 35 sq. Bauer Abh. I. 310 f. Lelièvre p. 1—6. Carmigniani teoria II. 323. Zachariä I. 7—21. de Jonge II. 143—153. N. Rev. S. 345.

9) A. M. Wintgens p. 8. 9. 13—16. Damit hängt die unfruchtbare und

betrachten. Nur verſteht ſich natürlich, daß eine ſolche Beſtimmung nicht in einer Geſetzgebung geſucht werden darf, welche den techniſchen Begriff des Verſuchs noch gar nicht hervorhebt. In einer ſolchen exiſtirt ebenſowenig der techniſche Begriff der Vollendung; vielmehr enthält ſie überall nur die abſtrakte Forderung, daß der willkührlich beſtimmte Thatbeſtand überhaupt vollſtändig objektivirt worden ſei [1]). — Der Hauptſatz ſelbſt, daß es keinen kulpoſen Verſuch gebe, iſt im germ. Recht genügend ausgeſprochen [2]); desgleichen in allen neueren Geſetzgebungen [3]).

2) Eine weitere Frage iſt, ob der dolus ein determinirter ſein müſſe, oder ob ein Verſuch auch bei unbeſtimmtem dolus möglich ſei? — Letzteres iſt durchaus zu bejahen [4]), und zwar dahin, daß bei dem ſogen. alternativen und bei dem gewöhnlich ſogen. eventuellen dolus (§. 74. c.) in dem Fall, wo die beiden Erfolge ſich ausſchließen, mithin richtiger auch nur alternativer dolus anzunehmen [5]) iſt, das beabſichtigte ſchwerere Verbrechen zu Grunde gelegt werden muß, da dieſes jedenfalls gewollt und verſucht worden, und in demſelben das geringere mit enthalten iſt [6]), — natürlich aber nur dann, wenn keines der beabſichtigten Verbrechen wirklich vollendet wurde, da in dieſem Falle der Natur des Alternativen gemäß der andre Erfolg als ausgeſchloſſen zu betrachten iſt, mithin auch von einem Verſuch nicht weiter die Rede ſein kann (§. 74. Anm. 2) [7]). Sind dagegen bei dem gewöhnlich ſog. dol. eventualis die Erfolge der Art, daß ſie neben einander eintreten können, ſo liegt, wenn keiner eintrat, ein doppelter —, wenn nur einer eintrat, ein qualifizirter Verſuch vor [8]). Wie aber das eventuell Beabſichtigte im Fall der Vollendung geringer ſtrafbar iſt, ſo auch der Verſuch deſſelben. — Die Strafbarkeit des Verſuchs in reinem dolus eventualis (der frei-

---

ſchiede Unterſcheidung zwiſchen theoret. u. geſetzlichem Begriff des Verſuchs zuſammen. ſ. auch Brouwer p. 19—22. Zachariä I. 7. n. 1. vgl. aber S. 28. n. 3. (l). Abegg §. 94. (j. §. 93) u. Jarcke I. 210. (vgl. 213) drücken ſich nur ungenau aus.

1) Dieſe Einſicht findet ſich bei Luden weit klarer, als bei Zachariä, der ſie jedoch im Verfolge auch erringt und mit Erfolg benützt. Dagegen fehlt ſie bei Hepp Verſuche S. 256—259. 270. 271. ſ. aber auch Brackenhöft S. 74.

2) L. 1. §. 3. L. 3. §. 2. L. 4. §. 1. L. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 36. §. 1 D. de R. V. (6. 1). L. 3. §. 1. 4 D. de off. praef. vig. (1. 15). L. 9. 11. D. de incend. (47. 9). L. 28. §. 11 D. de poen. (48. 19). C. 12. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 136. 146.

3) Zu Luden Hdb. I. 389. n. 11. vgl. Hufnagel III. 64. u. Strf.GB. m. Anm. S. 61. n. 10.

4) A. M. Lelièvre p. 200—202., u. Luden Hdb. I. 382, welcher freilich den unbeſtimmten dol. überhaupt verwirft.

5) Dieſen Fall hebt Zachariä, wie die Meiſten, nicht hervor, ſondern behandelt überhaupt dol. altern. und event. gleich. I. §. 29. 30. a. E. ſ. aber N. Rev. S. 345—349. vgl. auch Breidenbach I. 2. S. 122. Hufnagel III. 640.

6) A. M. Hepp im N. Arch. 1836. S. 63. 64. Luden a. a. O. n. 2. de Jonge II. 232 Note. Einen Mittelweg ſucht Bauer Abh. I. 329. 330.

7) Bad. Mot. z. Art. 98. (Thilo S. 129), woraus Krug dol. u. culpa S. 81. n. 2. einen falſchen Schluß zieht.

8) vgl. Zachariä I. §. 141. Wächter N. Arch. 1835. S. 478. 479. Die Einwendung von Luden a. a. O. iſt keine; denn es iſt willkührlich und falſch, wenn er in den betr. Fällen meiſt bloß culpa d. det. ſieht; u. endlich giebt er ſelbſt zu, daß 2 determ. doli vorliegen können, welchenfalls er dem in der N. Rev. Geſagten nicht widerſpricht. Ohne feſtes Prinzip iſt die Ausführung in den N. ſächſ. Jb. VI. 343. 344. vgl. Held und Siebdrat Komm. S. 68—72.

lich selten vorkommen wird) ist nicht zu bezweifeln [1]). Ebensowenig die eines Versuchs in impetu [2]), welche übrigens meist aus dem irrigen Grunde behauptet wird, daß eine Handlung in impetu mit ebenso bestimmter Absicht als bei der Prämeditation möglich sei. Wo nun eine solche nicht vorhanden sei, nehmen die meisten nur den Versuch eines geringeren Verbrechens [3]), oder gar keinen [4]), oder eine culpose Handlung an [5]). Allein all dies mit Unrecht [6]); nur bedarf es für einen solchen Versuch besondrer gesetzlicher Bestimmung, da ein bestimmt beabsichtigtes Verbrechen, wornach er zu taxiren wäre, nicht vorliegt [7]).

§. 83.

2) Zu dem so bestimmten Willensmomente verhält sich das Thatmoment als unangemessene Erscheinung. Und zwar kann diese Unangemessenheit einen doppelten Grund haben, nämlich entweder darin, daß die Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in die Außenwelt gehemmt wird, oder darin, daß unter den von dem Handelnden vorausgesetzten objektiven Umständen solche sind, welche die in's objektive Dasein übertretende Absicht sich nicht in ihrem vollen Wesen verwirklichen lassen, während die von ihm vorausgesetzten hiezu geeignet gewesen wären. N. Rev. §. 120.

1) Das Thatmoment kann bei Verbrechen, die ebensowohl durch ein Unterlassen, als durch positives Handeln begangen werden können, natürlich auch in einem Unterlassen bestehen; womit nur nicht die ganz verschiedene Frage verwechselt werden darf, ob es auch bei eigentlichen Unterlassungsverbrechen (§. 80. Anm. 1.) einen Versuch gebe [8]).

2) Mit Unrecht wird nicht selten auf die Verhinderung der Absicht im successiven Uebertreten ihrer Momente in's Dasein der ganze Begriff des

---

1) s. auch Breidenbach, ob. I, 2. S. 119. n. 4, der nur irrig statt des dol. event. die luxuria nennt.

2) A. M. Mittermaier N. Arch. IV. 18. X. 542. 543. Jarcke III. 346 f. Roßhirt zwei Abh. S. 132. Egger Mord u. Todtschl. §. 18. Rossi II. p. 334. Dagegen gehören nicht eigentlich hierher Jenull, Pratobevera u. a. östr. Juristen, die auf eigenthümlichem positiv rechtlichem Standpunkte stehen.

3) so Hepp N. Arch. 1836. S. 57—65. Versuche S. 291—297. de Jonge II. 235—238. Bauer Abh. I. 330. s. dag. Zachariä I. §. 30. 33. Breidenbach S. 125. Hufnagel III. 640.

4) Krug dol. u. culpa S. 81. 82. (sofern sein dol. gener. eben nur = impetus ist). Sächs. Entw. Art. 48.

5) Luden Hdb. I. 387. n. 7. vgl. Abh. I. 515. n. 1.

6) N. Rev. S. 349—352. Ueber die Uebereinstimmung des pos. deutschen Rechts s. Zachariä I. §. 31. vgl. auch v. Bothmer Erörter. I. 262 f. Goldtammer I. 275.

7) Otto üb. d. Versuch S. 77—80. (vgl. sächs. Entw. Art. 171).

8) Diese Verwechslung findet sich bei den Meisten. s. z. B. Spangenberg N. Arch. IV. 527 f. Zachariä I. §. 42. Hepp im N. Arch. 1836. S. 32—35. Lelièvre p. 389—393. Breidenbach I, 2. S. 123. Hye S. 353—355. — vgl. dagegen Jenull I. 198. 199. Bauer Abh. I. 321. 338. de Jonge II. 222. N. Rev. S. 441. 442. Verneint wird die Frage mit Unrecht von Hefftter §. 74. n. 1. s. dag. Luden Abh. I. 467 f.

Verſuchs geſtützt [1]) —, mit doppeltem Unrecht von ſolchen, welche auch die Möglichkeit untauglicher Verſuche annehmen [2]).

3) Eben dieſe iſt aber freilich auch jetzt noch theils überhaupt, theils wenigſtens relativ ſehr beſtritten. Die Frage iſt nach dem §. 75. angegebenen Prinzip bejahend zu entſcheiden. Zwar iſt gerade auf den Grund hin, daß alle untauglichen Verſuchshandlungen ſich auf faktiſchen Irrthum reduziren, behauptet worden [3]), es liege hier gar keine Handlung vor, ſondern eine bloße Thatſache, d. h. es falle die Zurechnung weg. Allein — abgeſehen davon, daß nach dieſer Anſicht die untauglichen Verſuchshandlungen unter dem Titel der Polizei dieſelben Uebel nach ſich ziehen ſollen, die ihnen unter dem Titel des Strafrechts geſchenkt werden [4]) — greift das Argument zu weit, da es auch die tauglichen Verſuchsakte mit umfaßt. Denn auch dieſe ſetzen ſtets einen faktiſchen Irrthum, d. h. eine irrthümliche Berechnung des geſammten Kauſalzuſammenhangs, wie er zur Vollendung erforderlich wäre, voraus [5]). Es iſt jedoch auch der Grundſatz ſelbſt nicht wahr. Durch den faktiſchen Irrthum fällt keineswegs der Begriff der Handlung überhaupt und damit der Zurechnung weg [6]), ſondern nur die rechtsverletzende Qualität der Handlung kann dem Irrenden nicht imputirt werden. Iſt nun umgekehrt Jemand in verbrecheriſcher Abſicht thätig geworden, war aber dabei hinſichtlich des Gegenſtandes oder der Mittel in faktiſchem Irrthum, ſo kann auch hier der Begriff der Handlung und der Zurechnung überhaupt nicht wegfallen. Vielmehr, wie im erſten Fall die nicht gewußte verbrecheriſche Eigenſchaft der Handlung dem Irrenden, der rechtlich zu handeln glaubt, nicht imputirt wird, ſo kann dem in verbrecheriſcher Abſicht Thätiggewordenen der unvorhergeſehene glückliche Ausgang ſeines Unternehmens nicht zugerechnet (zu gut gerechnet) werden [7]). Die Handlung behält ihren Charakter, ſoweit ſie eben ſich entwickelt hat; d. h. es kann hier nie von einer vollendeten Handlung die Rede ſein, um ſo gewiſſer aber von einer verſuchten [8]). Vollendung tritt nämlich nur dann ein, wenn der Handelnde ſämmtliche zur Verwirklichung ſeiner Abſicht im konkreten Fall nothwendigen Bedingungen richtig berechnet und demgemäß in Wirkſamkeit geſetzt hat. Verſuch liegt dagegen vor, wenn hieran irgend etwas fehlt. So gewiß aber die Wirkung nur aus dem vom Willen beherrſchten Zuſammentreffen aller Bedingungen entſteht, ebenſo gewiß kann es, wenn ſie ausbleibt, keinen Unterſchied machen, in welchem Theile ſeines Kalkuls der Handelnde ſich geirrt, die Fremdheit der Objekte, die blinde Macht des Naturkauſalismus empfunden

---

1) Mittermaier im N. Arch. I. 166. Zachariä I. §. 17—19. vgl. N. Rev. S. 353—355. 378—380.

2) wie Bauer Abh. I. 310 f. f. dag. auch Hufnagel III. 65. 66.

3) Trefurt N. Arch. 1838. S. 291—295. 405—407. u. dagegen N. Rev. S. 366. n. 1. vgl. Tittmann Mot. z. ſächſ. Entw. S. 27. Zirkler N. Arch. 1839. S. 437—439. Pfotenhauer S. 4.

4) ſ. auch Abegg Lb. §. 96. Hye S. 355—357 Note. Marezoll S. 114. 115.

5) N. Rev. S. 371. 372. Luden Abh. I. 475. 476. Hdb. I. 396—406. Breidenbach I, 2. S. 154—156. ſ. ſelbſt Mittermaier N. Arch. I. 191. 192.

6) Dies behauptet freilich Berner Imput. S. 59 ff. — Auch in der N. Rev. §. 87. 89. fand ſich dieſer Irrthum. ſ. jed. ob. §. 62. a. E.

7) N. Rev. §. 109.

8) ſ. auch Zachariä I. 24. vgl. dag. §. 130.

hat[1]). — Es darf nur vor Allem mit der vorliegenden Frage der Fall des Wahnverbrechens nicht verwechſelt werden, d. h. wenn Jemand nur irrthümlich in verbrecheriſcher Abſicht zu handeln glaubt, während er in erlaubter handelt[2]). Geht dagegen ſeine Thätigkeit aus wirklich verbrecheriſcher Abſicht hervor, ſo macht die Tauglichkeit oder Untauglichkeit derſelben im Begriff keinen Unterſchied, wenn auch allerdings (ſ. u.) in der Strafe. — Hiegegen wenden nun Feuerbach u. A.[3]) ein, die Handlung müſſe nach ihrer äußern Beſchaffenheit mit dem beabſichtigten Verbrechen in urſachlichem Zuſammenhang ſtehen, objektiv gefährlich ſein. Denn bürgerliche Strafbarkeit ſei ohne eine dem äußeren Rechte widerſprechende Handlung unmöglich, eine Handlung ſei aber nur dann äußerlich rechtswidrig, wenn ſie das Recht verletze oder gefährde. Wer das Gegentheil behaupte, verwechſle das Moraliſche mit dem Rechtlichen und die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Rechte zur Strafe. Man entkleide hiemit, heißt es, den Verſuch von allem Thatbeſtand und ſtrafe die nuda cogitatio. Was nicht vollendet werden könne, das könne auch nicht angefangen werden. Strafe ſei hier deshalb überflüſſig, weil ſchon die Naturgeſetze dem Bedrohten einen abſoluten Schutz gewähren. — Allein die meiſten dieſer Einwendungen ſind offenbar unſtichhaltig. a) Die Behauptung, daß der Verſuch von allem Thatbeſtande entkleidet werde, beruht auf der petitio principii, daß der Verſuch nicht nur ſubjektiv in vollem Maße, ſondern mindeſtens theilweiſe auch objektiv den Thatbeſtand der vollendeten Handlung haben müſſe, woraus jedoch folgerichtig hervorgehen würde, daß gar kein Verſuch überhaupt möglich wäre, da es ganz willkührlich iſt, wie viel oder wenig vom objektiven Thatbeſtand dem Verſuche zugeſchieben wird[4]). b) Von der Beſtrafung der nuda

1) vgl. überhaupt N Rev. S. 356—376. u. außer den ſchon Angef. Tittmann Hdb. I. §. 96. Grolman §. 31. Salchow Lb. §. 136. Eſcher vier Abh. S. 164—173. Anm. z. bair. St.GB. I. 177. Oerſted Grundr. §. 24. Henke I. 256. Schröter S. 120. n. 1. Jarcke I. 216. Trummer krim. Beitr. III. 2. § 64. Lelièvre p. 373—385. vgl. p. 117 sq. Hepp Verſ. S. 325—334. N. Arch. 1836. S. 254 f. Bauer Anm. I. 404 f. II. 115 f. Abh. I. 323—325. 371 f. Wintgens p. 131 sq. Martin §. 43 (unklar). j. §. 133. n. 9. Wächter II. S. 118. 119. Pfotenhauer S. 79 f. Cropp S. 1. p. 37—45. Krug Studien I. 53. Otto S. 70—76.

2) Gewöhnlich verſteht man freilich unter Wahnverbrechen den Verſuch am untauglichen Objekt. Heffter §. 36. Luden S. 476. n. 1. Hufnagel III. 77. Hie und da geht man allerdings bei Vertheidigung der richtigen Anſicht zu weit, ſo daß man konſequenter Weiſe auch die Wahnverbrechen ſtrafen müßte (z. B. Oerſted). vgl. Held und Siebdrat S. 74 (gut).

3) Feuerbach §. 42. n. 3. (früher war er andrer Anſicht. Gegen Oerſted S. 170 f. u. Breidenbach S. 154, der hier F. konſequent findet. ſ. N. Rev. S. 365. 366). Mittermaier N. Arch. I. 170—172. 183 f. III. 394 f. vgl. jedoch eb. IV. 103—106. X. 550—554. u. n. 8. 9. z. F. §. 42. Roßhirt Entw. S. 309—313. vgl. Abh. I. 292. u. zwei krim. Abh. S. 131—134. Trefurt a. a. O. Heffter §. 76. n. 5. Zachariä I. §. 123—138. Rossi II. c. 30. Romagnosi §. 746. Jordan §. 4 sq. Chop N. Arch. 1842. S. 519 f. Berner Theilnahme S. 90—92. Brouwer. p. 38. Marezoll S. 114. 115. Brackenhöft S. 69. Temme Gloſſen S. 93 (ſehr oberflächlich abſprechend).

4) Mittermaier N. Arch. I 170—176. Heffter §. 36. Brackenhöft S. 69. n. 6. f. dag. Oerſted Grundr. S. 170—180. Uebrigens macht auch Schröter a. a. O. hier ohne Noth eine Einräumung. N. Rev. S. 358. not. 2. — Mittermaier ſpricht hier ganz abenteuerlich u. ſcheint den ſubj. Thatbeſtand des Ver-

cogitatio kann in den fraglichen Fällen nicht die Rede ſein, da ja vorausgeſetzter Maßen immer ein Handeln in verbrecheriſcher Abſicht vorliegt [1]). c) Der Einwurf der Verwechslung der Moral mit dem Strafrechte trifft nicht, da es ſich hier um einen in That übergegangenen Willen handelt, während es umgekehrt unmöglich iſt, ſich einen Begriff von einem Unterſchied zwiſchen Immoralität und Verbrechen zu machen, der nur von einem quantitativen Momente, d. h. von dem Mehr oder Minder der Unangemeſſenheit der äußeren Erſcheinung zu der darin ausgeſprochenen Abſicht abhängen ſoll [2]). d) Die Behauptung, daß, was nicht vollendet werden könne, auch nicht angefangen werden könne, iſt der gemeinſten Erfahrung zuwider [3]). e) Der Einwurf der Unnöthigkeit, untaugliche Verſuchshandlungen zu beſtrafen, fällt mit dem Grundſatze zuſammen, daß das Strafrecht nur polizeilichen Charakter habe [4]). — Die einzige bedeutende Einwendung iſt die von Feuerbach vorgebrachte. Dieſelbe hat denn auch relativ durchaus Recht, wenn ſie auch beim Verſuche die objektive Seite nicht völlig ignorirt haben will [5]). Allein hievon iſt in der That keine Rede, wenn man die Strafbarkeit untauglicher Verſuchshandlungen behauptet. Mit Recht dagegen wird geläugnet, daß der Verſuch auch objektiv gefährlich ſein müſſe. Hierin liegt nämlich a) die Aufhebung des Verſuchsbegriffs überhaupt [6]). Denn auch der taugliche Verſuch ſtellt ſich im konkreten Fall jedesmal als objektiv ungefährlich heraus, und die Behauptung, daß nur jener, nicht aber der untaugliche Verſuch in abstracto gemeingefährlich ſei, iſt geradezu willkührlich [7]). Geſetzt alſo, die Gefährlichkeit bildete das Kennzeichen des ſtrafbaren Verſuchs, ſo wäre ſie für beide Arten deſſelben ebenſowohl zu behaupten als zu verneinen, für beide aber von der objektiven Seite auf die ſubjektive zu übertragen [8]). b) Ueberhaupt aber kann die Strafbarkeit des Verſuchs nicht auf ſeine Gefährlichkeit gegründet werden, da nur das Wirkliche zu ſtrafen iſt, nicht das, was möglicher Weiſe hätte werden können [9]). Vielmehr kann ſie nur darauf beruhen, daß der Verſuch ſelbſt eine rechtsverletzende Handlung iſt. Da nun auch beim tauglichen Verſuch eine äußere Rechtsverletzung ausgeſchloſſen iſt, ſo kann die rechtsverletzende Eigenſchaft des Verſuchs überall nur in dem in die Aeußerlichkeit getretenen dolus liegen, alſo in

---

ſuchs ganz aus dem Auge zu verlieren. Später (N. Arch. IV. 104) ſollte freilich der Verſuch nur noch „die Geſtalt des Verbrechens an ſich tragen." Pfotenhauer S. 66. 67.

1) Mittermaier a. a. O. S. 183 f. Zachariä I. 245. Rossi l. c. ſ. dag. Bauer Abh. I. 383. 384. Pfotenhauer S. 31—33.

2) Zachariä I. §. 125—130. ſ. dag. N. Rev. S. 373.

3) Rossi l. c. Zachariä I. 247. ſ. dag. Luden Abh. II. 195. n. 1. Hepp im N. Arch. 1836. S. 258. 259. Bauer Abh. I. 385. 386. Pfotenhauer S. 85. 86.

4) Romagnosi a. a. O. ſ. dag. (zum Theil aus Nebengründen) Hepp a. a. O. S. 259—261. Bauer Abh. I. 386. 387.

5) Gegen Hepp ſ. beſ. Trefurt a. a. O.

6) Jarcke I. 217. Bauer Abh. I. 385 Note. N. Rev. S. 361. 367 f.

7) Romagnosi l. c. Rossi II. c. 31. Zachariä I. 240. n. 2. ſ. dag. Filangieri IV. 2. c. 37. a. E. Bauer Abh. I. 384. 385. N. Rev. S. 368. Luden Abh. I. 475. n. 1. Hdb. I. 400—404. Pfotenhauer S. 79. 86. 128. 157. 189. Breidenbach S. 155. Habicht rechtl. Erörter. I. 146 f. beſ. 169. 170.

8) N. Rev. S. 369—372 u. Luden a. a. O.

9) Dies erkennen auch die Gegner an, ſ. z. B. Romagnosi l. c. Trefurt a. a. O., ohne zu bemerken, daß ſie damit von ihrem Standpunkte aus auch den tauglichen Verſuch aufheben.

einem Moment, das beim untauglichen Verſuch ebenſo vorhanden iſt wie beim tauglichen [1]). c) Wird nun gleichwohl behauptet, daß beim Verſuch auch die äußere Seite für ſich, abgeſehen vom Willen, gefährlich, rechtsgefährdend, zur Rechtsverletzung geeignet, geſetzwidrig, erfolgſchwanger u. dgl. ſein müſſe, ſo wird einfach der Begriff des Verſuchs in den der Vollendung aufgehoben, von dem er ſich nur noch quantitativ unterſcheidet [2]). Man vergißt, daß dem Uebergewicht, welches der Thatſeite bei der culpa zu Theil wird, nothwendig beim Verſuche deren bloß ſekundäre, d. h. nur durch den darin erſcheinenden Willen beſtimmte Bedeutung entſprechen muß. Folgerichtig kommt man damit zu dem Standpunkte des älteſten germaniſchen Rechts zurück, welchem unter der überwiegenden Berückſichtigung der Thatſeite der Begriff des Verſuchs, der eben im Uebergreifen des Willens über die Thatſeite beſteht, noch ganz verborgen blieb [3]), während doch dieſer theilweiſe ſchon in den Volksrechten hervortrat und die Eigenthümlichkeit der deutſchen Auffaſſung nur dahin ſich fixirte, daß man dem Mangel am objektiven Thatbeſtand eine Verminderung der Strafe entſprechen ließ (§. 81. Anm. 2) [4]). — Mehrere Vertheidiger der Feuerbachiſchen Anſicht haben denn auch neuerdings eine Diſtinktion zwiſchen untauglichen (in abstr. untauglichen) und bloß unzulänglichen oder unwirkſamen (in concr. untauglichen) Mitteln gemacht [5]); allein inſofern mit Unrecht, als ihre für die Strafloſigkeit des erſten Falls vorgebrachten Gründe durchaus auch im zweiten Fall anwendbar ſind [6]). Andrerſeits machen ſolche, die als Vertheidiger der andern Anſicht auftreten, wieder andre Diſtinktionen. Sie behaupten nämlich, ein Verſuch mit abſolut untauglichen Mitteln ſei ſtrafbar, wenn der Handelnde ein taugliches anzuwenden geglaubt und nur aus Verwechslung ein untaugliches ergriffen, resp. ein ſolches durch Zufall oder pia fraus in die Hand bekommen [7]), oder nach der im gemeinen Leben herrſchenden, wenn auch nach Geſetzen der Wiſſenſchaft irrigen Anſicht für tauglich gehalten habe [8]); ſtraflos dagegen ſei er, wenn der Handelnde eben das gebrauchte abſolut untaugliche Mittel aus Irrwahn, Unverſtand oder Aberglauben

---

1) ſ. auch Zachariä II. 241.

2) Denn man verlangt, daß die That dem Willen entſpreche, was ſich als gewiß immer erſt im Momente der Vollendung herausſtellen kann, wogegen auch beim tauglichen Verſuch die That ſtets in concreto ſich als nicht rechtsgefährdend, nicht erfolgſchwanger, dem Willen nicht entſprechend herausſtellt, u. eben deßhalb bloßer Verſuch bleibt.

3) Die Rohheit dieſes Standpunktes erkennt auch Zachariä II. 163. 164. an. vgl. N. Rev. S. 362—365.

4) Der glückliche Ausgang motivirt daher nach deutſcher Anſicht nur die geringere Strafbarkeit des untauglichen Verſuchs, nicht ſeine Strafloſigkeit, wie Roßhirt Entw. S. 312 meint, da ſonſt auch der erfolglos gebliebene taugliche Verſuch ſtraflos bleiben müßte.

5) Rossi II. c. 31. Zachariä I. §. 125—130. Mittermaier n. 8. z. ff. §. 42. Hefftter §. 76. n. 5. Dabei werden dieſelben Fälle von einem in dieſe, von andern in jene Klaſſe geſtellt! ſ. auch Habicht rechtl. Erörter. S. 152 f. Roßhirt a. a. O. und dag. Abh. I. 291. und zwei krim. Abh. S. 131—134. vgl. Pfotenhauer S. 90. n. 125. S. 113—118.

6) N. Rev. S. 367 f. Luden Hdb. I. 400—404.

7) Bauer Abh. I. 378. vgl. jedoch Deſſ. Anm. z. hann. Entw. I. 413. II. 133. Im Fall der Verwechslung hatte auch Mittermaier N. Arch. IV. 105 Strafbarkeit angenommen.

8) Luden Hdb. I. 404. 405 und beſ. das ſcharfſinnige Erachten für Mecklenburg 1. S. 123—127.

für ein taugliches gehalten habe, weil hier aus der äußeren Thätigkeit das Daſein des dolus (ſelbſt im Fall des Geſtändniſſes) nicht mit Sicherheit erkannt werden könne [1]). Dieſer Grund iſt nun freilich nicht ſtichhaltig, weil er einen unhaltbaren Begriff vom Verſuche vorausſetzt [2]). Um ſo treffender iſt dagegen der ſchon von Schröter angef. Grund: zur böſen That werde erfordert, daß ſie, wenn auch nicht ihrer wirklichen, doch wenigſtens ihrer vermeintlichen Beſchaffenheit nach geſchickt ſei, um den Naturgeſetzen zufolge die beabſichtigte äußere Wirkung hervorzubringen [3]). So gewiß nämlich die Bedeutung der Thatſeite beim Verſuch eine ſekundäre, vom Willen abhängige iſt, ſo darf ſie doch, da auch der Verſuch immer noch Handlung ſein muß, nicht ganz abſorbirt werden. Geht nun aus dem Bisherigen hervor, daß von der Forderung einer der That nach, abgeſehen vom Willen, erfolgſchwangeren Eigenſchaft der Thätigkeit nicht die Rede ſein könne, ſo muß doch eine ſolche um ſo gewiſſer mindeſtens als in der Reflexion des Handelnden geſetzt verlangt werden. Denn immer iſt es nur der in That übergegangene verbrecheriſche Wille, der als Verſuch prädizirt werden kann. Dieſer beſteht nun vollkommen in allen Fällen, wo der Handelnde, wenn er auch aus Irrthum, Verwechslung, Zufall ꝛc. das untaugliche Mittel wählte, ein taugliches, d. h. ein wirklich taugliches zu benützen überzeugt war. Er konnte hier — abgeſehen von ſeinem Irrthum — das gerechte Zutrauen haben, daß er kein todtes, ſondern ein lebendiges Ei in den Weltzuſammenhang gelegt habe, welches bei ſonſtiger günſtiger Konſtellation das Kauſalgeſetz zur vollendeten That ausbrüten werde. In ſeinem Willen lag daher das Verbrechen nicht bloß als ideale, ſondern (wenn auch irrthümlich) als reale Möglichkeit, d. h. als Verſuch. Kommt dagegen der Fall vor, daß ein im Allgemeinen Zurechnungsfähiger die Abſicht faßt, ein Verbrechen durch ein Mittel zu begehen, welches er ſelbſt zwar für tauglich hält, das aber nach den allgemeinen Denkgeſetzen und der täglichen Erfahrung abſolut ungeeignet iſt, daſſelbe jemals hervorzubringen [4]), ſo liegt nicht ein gegen den Willen des Handelnden unmögliches Thun, ſondern ein mit ſeinem intenſivſten Willen todtes und unfruchtbares Thun, d. h. es liegt gar keine verbrecheriſche, ſondern eine bloß immoraliſche Abſicht vor, die den Weg in die Objektivität nicht nur realiter, ſondern ſogar idealiter verfehlt hat [5]). Zwar

---

1) Andere, zum Theil barocke, Verſuche, daſſelbe zu erweiſen, ſ. b. Hepp N. Arch. 1836. S. 258. Oerſted Grundregeln S. 168. Pfotenhauer S. 14. Lelièvre p. 373—385.

2) Bauer Abh. I. 308—318.

3) Schröter §. 80. Henke I. 256. 257. ſ. auch Luden a. a. O. Das Gegentheil war in d. N. Rev. S. 376 behauptet. ſ. dag. auch ſchon Cropp S. 1. p. 43. Hufnagel I. 143. 144. Mittermaier N. Arch. 1836. S. 489. und beſſer Leonhardt I. 196. Doch ſind die Diſtinktionen mehr oder weniger mangelhaft, auch Schröters Beiſpiele nicht glücklich gewählt. (vgl. Pfotenh. S. 16—19). Unbeſtimmt iſt Lelièvre l. c. Dagegen im Weſentlichen richtig Zirkler N. Arch. 1839. S. 437. 438. Goldtammer I. 274. Nach Otto a. a. O. ſoll es darauf ankommen, ob der Akt geeignet ſei, das allgemeine Sicherheitsbewußtſein zu erſchüttern oder nicht (?).

4) z. B. Todtbeten, Kronenthaler ſtecken, damit ſie keimen und Geld tragen ſollen u. ſ. f.

5) Manche läugnen allerdings noch immer den Unterſchied der beiden Fälle. ſ. z. B. Hye S. 292. 293. Anm. Zachariä I. §. 125. 126. Mittermaier N. Arch. X. 553, überhaupt alle, welche zu Verſuchshandlung wirkliche, thatſächliche ſog.

glaubt auch ein solcher fest an die Tauglichkeit seines Mittels; aber sein Irrwahn stellt ihn dem Wahnverbrecher gleich. Denn es kommt auf Eins heraus, ob man das Erlaubte mit dem Irrwahn der Unerlaubtheit vollbringt, oder ob man das Unerlaubte bei vollem Bewußtsein durch erlaubte, zweckwidrige Mittel zu vollbringen sich einbildet. — Darin liegt denn auch die relative Wahrheit der Feuerbachischen Theorie. — Dasselbe Prinzip, welches hier hinsichtlich der untauglichen Mittel auseinandergesetzt ist, muß begreiflicher Weise [1]) auch auf den Versuch am untauglichen Objekte angewandt werden [2]).

4) Hinsichtlich des römischen Rechts sind die Meinungen sehr getheilt. Einige schließen aus dem „subjektiven Standpunkte" desselben ohne Weiteres auf die unbedingte Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen [3]). Andre finden gerade das Gegentheil im röm. Recht [4]). Wieder Andre machen verschiedene willkührliche Unterscheidungen [5]). Am richtigsten ist wohl die Ansicht, daß im röm. Recht in Beziehung auf die vorliegende Frage kein festes Prinzip durchgeführt sei [6]). — Dem älteren deutschen Rechte ist wohl, selbst wo es den Begriff des Versuchs wirklich anerkannte, die Bestrafung der untauglichen Versuchshandlungen fremd gewesen [7]). — Auf's Aeußerste bestritten ist dagegen die Auslegung der P.G.O. Art. 178, welcher die verschiedensten Ansichten mehr oder weniger abzugewinnen gewußt haben [8]). Schwerlich wird je der überzeugende Beweis dafür geführt werden können [9]), daß sie entschieden die abstrakt objektive oder die

---

objekt. Gefährlichkeit fordern. Aber auch Andersdenkende, z. B. Escher und relativ Pfotenhauer S. 93. 100. Habicht a. a. O.

1) Unbegreiflicher Weise wird dies von Vielen verkannt und in beiden Fällen (freilich theilweise auch nur aus positivrechtlichen Gründen) ein verschiedenes Gesetz zur Anwendung gebracht. s. bes. Jordan §. 5. 8. Lelièvre p. 373 sq. Goldtammer I. 274. 275. Unnöthige Konzessionen wenigstens machen Cropp p. 37 sq. Schröter a. a. O. s. übrigens gegen die Ausführung von Zachariä I. §. 131. 132 die N. Rev. S. 374. 375. Breidenbach I, 2. S. 162—164. Pfotenhauer S. 101 f.

2) Fälle s. b. v. Schirach krim. Fälle. S. 81 f. Hitzig Annal. H. 1. S. 68 f. Bauer Anm. II. 133. Demme Annal. VII. 65—70. Pratobevera Mater. VI. 358. Pfotenhauer S. 105 f. Breidenbach S. 164. Hye S. 322 Note.

3) Bauer Abh. I. 381. 387. 388. Geib N. Arch. 1837. S. 579. 580.

4) Zachariä I. §. 133—135. s. dag. Luden Hdb. I. 397. n. 5.

5) so Cropp S. 1. p. 37 sq. Lelièvre p. 118. 119. Luden Abh. I. 285—292. Roßhirt Entw. S. 309.

6) N. Rev. S. 362—364. Luden Hdb. a. a. O. Pfotenhauer S. 127—160. Mittermaier N. Arch. X. 546. s. übr. l. 1 pr. l. 3 pr. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 6 pr. l. 22. §. 4 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). L. 38. §. 6 D. de poen. (48. 19). Gaj. III. §. 198. L. 43. §. 5. 10. 11. L. 46. §. 8 D. de furt. (47. 2). L. 6 D. exp. hered. (47. 19). §. 8 J. de obl quae ex del. (IV. 1). L. 20 C. de furt. (6. 2).

7) vgl. L. Sal. em. XXI, 2. 4. L. Rip. LXXXIII, 2. L. Baj. III, 7. VII, 18. Ed. Roth. 139—141. L. Wisig. VI, 2, 2. 3, 1. Schwäb. LR. c. 321. Die Stelle d. Augsb Stat. b. Luden Abh. I. 390 ist mißverstanden.

8) Hepp Versuche S. 324 f. Zachariä I. §. 136. Chop a. a. O. Roßhirt Entw. S. 311. Mittermaier N. Arch. I. 191. Abegg §. 96 und in Richters Jahrb. 1838. S. 51 f. — vgl. Tittmann I. §. 96. Jordan §. 8. Pfotenhauer S. 184 f. Luden Hdb. I. 397 ff. Bauer Abh. I. 381. 382. Habicht a. a. O.

9) vgl. über den Text der P.G.O. Zachariä I. 29. 30. 191. Wachter Gloss.

objektive, aber in die Subjektivität reflektirte Auffassung des Versuchsbegriffs gutgeheißen habe, wiewohl Letzteres in Rücksicht auf ihr konstantes Bestreben der Vermittlung zwischen deutschem und römischem Recht, besonders im Zusammenhalt mit der vergleichungsweisen Rohheit des mittelalterlichen Rechts, als das weit Wahrscheinlichere erscheint [1]). — In der Theresiana, wie in dem GB. Josephs II. war der untaugliche Versuch unzweifelhaft unter den strafbaren Versuch subsumirt [2]). Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthielt auch das preuß. A.L.R. §. 866 [3]). Prinzipiell ausgesprochen — ohne die nöthige Modifikation — trat der Satz im bair. GB. [4]) auf. Ebenso im sächs. Art. 26. 27 [5]). Unentschieden dagegen ließ das Wirtemb. GB. Art. 72 (aufgeh.) die Frage, ob auch der Versuch mit einem abs. untauglichen Mittel strafbar sei, das der Thäter aus Irrwahn für ein taugliches hielt [6]). Dieser Fall ist dagegen richtig ausgeschieden im hannövr. GB. Art. 40 j. 34, 2 [7]) (wo übrigens ungeschickter Weise [8]) der Versuch am untauglichen Objekte übergangen ist), im braunschweigischen §. 36 [9]), im hessischen Art. 67 [10]) (stillschweigend), im badischen [11]) §. 110. 111, und im thüringischen [12]) Art. 23. — Abweichend sind dagegen das östr. u. das preuß. GB. Zwar ist es unrichtig, wenn vielfach behauptet wird [13]), eine Gesetzgebung, die als Requisit des Versuchs

---

v. Scheinen. Walch Gloss. p. 435. Die Uebersetzungen s. b. Zachariä I. 224. 225.

1) Der Ausdruck: dienstlich sein mögen — läßt sich ohne Zwang in der Anm. 3. bezeichneten Weise auslegen. Dasselbe gilt sogar von noch weit prägnanteren Ausdrücken neuerer Gesetze, wie die Praxis hinlänglich gelehrt hat. Es wäre daher am Platz, die Sache bestimmter zu bezeichnen, wenn man die ins Subjektive reflektirte Deutung verhindern will.

2) Theres. III. §. 15. XIII. §. 1. 2. Joseph. I. §. 9. II. §. 4. s. auch d. L.G.O. 1678. II. §. 67. Anders im bair. LR. 1616. Tit. 8. Art. 4.

3) vgl. Pfotenhauer S. 194 f. und bes. Klein ib. cit.

4) Art. 57. — Anm. I. 177. 178. 182. 183. vgl. dag. neuste bair. Mot. z. Art. 37. 38., wo die hier aufgestellte Unterscheidung richtig gemacht ist. s. auch Arnold N. Arch. 1843. S. 513. Zürich. GB. §. 43.

5) Mittheilungen S. 391. Der Fall des untauglichen Objekts ist anders behandelt, als der des untaugl. Mittels. vgl. Herrmann Beurth. S. 73 f. Mittermaier N. Arch. 1836. S. 608. 609. Weiß S. 146—148. s. dag. jetzt den Entw. Art. 40. 41, der jedoch auch den Irrwahn dem Irrthum gleichstellt.

6) vgl. Hufnagel I. 145. 146, wo jedoch die Voraussetzung irrig ist, daß der Thäter die Untauglichkeit des Mittels gekannt habe. Hier könnte natürlich nie von einem Versuch die Rede sein! Leonhard I. 193. Schaffrath Thatbestand S. 339. 340.

7) Ganz übersehen wird der Art. 34 von Luden Hdb. I. 407. n. 19. Mittermaier n. 8. z. F. §. 42; ja s. selbst Schlüter Ausg. S. 38. n. 27. s. dag. Leonhard I. 192—197.

8) vgl. die verschiedenen Ansichten von Bauer, Schlüter, Leonhard S. 198—200!

9) Irrig sind jedoch die Motive. vgl. Leonhard I. 197. n. 3.

10) Breidenbach I, 2. S. 147—165.

11) übrigens straft dieses den untaugl. Versuch nur bei schwereren Verbrechen, und fordert beim untaugl. Objekt beendigten Versuch. Eigenthümlich ist die Anwendung auf den Fall des error in obj. und die aberratio ictus.

12) s. hier die richtige Fassung; dag. Art. 25 beim untaugl. Obj., wie im sächs. GB., ja sogar auf beendigten Versuch beschränkt! s. auch Hamb. Entw. 1848. Art. 29. 1849. Art. 28.

13) s. z. B. Lelièvre p. 225—227. Zachariä I. 260 unt. Hye S. 292.

„Anfang der Ausführung" fordre, müsse eo ipso die untauglichen Versuchshandlungen straflos lassen. Allein das preuß. GB. (§. 31) geht von dieser irrigen Ansicht aus[1]) und ist daher als die Ansicht Zachariäs enthaltend zu betrachten. In noch höherem Grade ist die Ausschließung der untauglichen Versuchshandlungen vom Oestr. GB. §. 8. 11 zu behaupten, wo schon der Wortlaut und die Geschichte der Gesetzgebung deutlicher spricht[2]), als im preuß. Rechte. Niemand wird jedoch diese Staaten um die unlösbaren Schwierigkeiten beneiden, die bei gewissenhafter Anwendung eines naturwidrigen, dem Begriff des Versuchs widerstreitenden Grundsatzes unausbleiblich in der Praxis entstehen müssen[3]).

§. 84.

3) Das Verhältniß des Thatmoments zum Willensmomente besteht beim Versuche darin, daß lezteres im ersteren sich als das den Charakter des Thuns bestimmende Wesen reflektirt. Darin liegt: a) daß in der unvollkommenen äußeren Erscheinung das volle Wesen einer bestimmten, auf den gesammten Thatbestand der betreffenden Handlung gerichteten Absicht sich reflektiren muß, b) daß eben daher der Versuch da anfängt, wo eine solche bestimmte Absicht sich als solche in einem äußerlichen Thun kundgegeben hat, c) daß dieses Thun seinen Charakter als Versuch wieder verliert, sobald der Thäter die das Wesen darin ausmachende Absicht freiwillig wieder aufgiebt. N. Rev. §. 121.

1) Mangel am Thatbestand und Versuch sind daher nicht identisch[4]). Indessen ist zu bemerken, daß Mehrere, die dies im Ganzen richtig ausführen, doch wieder insofern irren, als sie auch die untauglichen Versuchshandlungen mehr oder minder unter die Rubrik des Mangels am Thatbestand (im Gegensatz vom Versuch) bringen[5]). Der Unterschied ist aber überhaupt nicht in der Sphäre der äußeren Erscheinung, sondern in der Subjektivität zu suchen[6]). Er liegt ein-

---

293 Note. s. dag. die Braunschw. Mot. z. §. 35. Sächs. GB. Art. 26. Bad. §. 106 ꝛc. bes. Breidenbach S. 155. 157—159, wo die französ. Rechtsansicht richtig gewürdigt ist.

1) Revis. von 1845. I. S. 140—144. vgl. Goldtammer I. 246. 247. 272—275 (?) und Beseler S. 144, die gleichwohl mehr oder weniger Strafbarkeit behaupten. Anders das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 10, das im Uebrigen ähnlich lautet.

2) Indessen doch auch keineswegs so absolut deutlich, wie Hye behauptet. s. Jenull I. 195 f. Egger kurze Erkl. d. östr. Krim.R. I. §. 7. Hepp N. Arch. 1836. S. 261. Pfotenhauer S. 201. Luden Hdb. I. 406. n. 19. — s. dag. Hye S. 303—310. 311—316. 320—326.

3) Nur allein das von Hye S. 320 f. mit Beziehung auf Frühwald und einige Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs Angeführte bildet ein Nest von Zweifeln, Unklarheiten und offenbaren Widersprüchen, von dem §. 9 des GBs. selbst ganz zu schweigen.

4) Kleinschrod I. §. 34. Hufnagel I. 124. Breidenbach I. 2. S. 120.

5) Mittermaier N. Arch. I. 166. III. 394 f. u. n. 1. z. F. §. 97. §. 98. a. Bauer Abh. I. 309. 310. Zachariä I. §. 15—19. Marezoll S. 110. n. 2. j. S. 114.

6) N. Rev. S. 378—380. vgl. Berner Theilnahme S. 90.

fach darin, daß zum Versuche die volle, d. h. den gesammten Thatbestand des Verbrechens umfassende Absicht gehört, während ein bloßer nicht als Versuch zu behandelnder Mangel am Thatbestande dann vorliegt, wenn die Absicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in sich schloß, welchenfalls dann entweder gar kein Verbrechen oder wenigstens ein anderes existirt [1]).

2) Vom römischen Rechte ist kaum mehr bestritten, daß es auch schon entfernte Versuchshandlungen bestrafte, sobald sie nur unzweideutig für die verbrecherische Absicht sprachen [2]), und es fragt sich nur, ob dies als allgemeine Regel zu nehmen ist [3]), oder ob bei gewissen bestimmten Verbrechen es anders war [4]). — Ebenso gewiß ist, daß (um das kan. und ältere deutsche Recht als wenig darbietend zu übergehen) [5]) die übereinstimmende Ansicht der Schriftsteller und Praktiker am Ende des MAs. [6]), und nicht minder der Doktrin, die sich auf der Grundlage der P.G.O. ausbildete [7]), entschieden für die Bestrafung des conatus remotus war [8]). Erst in neuerer Zeit hat man die von Mittermaier aufgestellte Theorie auch der P.G.O. unterzuschieben versucht [9]). Verführt durch das französische Recht, hat nämlich M. die Behauptung verfochten, daß bloß entfernte Versuchsakte (Vorbereitungshandlungen) noch nicht als bürgerlich strafbar angesehen werden dürfen [10]), und es sind ihm hierin (wenn auch unter verschiedenen Modifikationen) viele neueren Schriftsteller und Gesetzgebungen gefolgt. Vor Allem ist nun mit dem Versuch des Verbrechens nicht

---

1) Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. I. 1. S. 44. Pfotenhauer S. 69. 70.

2) L. 1 pr. §. 1. L. 3 pr. §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1. i. f. ad l. Pomp. (48. 9). L. 1. L. 3 §. 1 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). L. 1 pr. §. 2 D. de extr. crim. (47. 11). L. 5 pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). L. 8 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). s. jetzt auch Luden Hdb. I. S. 393. n. 5. vgl. Brackenhöft S. 62. 63.

3) so Hepp N. Arch. 1836. S. 240. vgl. Zirkler eb. 1839. S. 285 f.

4) Cropp S. I. tit. 3. Lelièvre p. 38 sq. Zachariä I. §. 115. II. §. 152.

5) Zachariä I. §. 116. II. §. 153. Wilda (gegen Luden) S. 608. N. Rev. S. 380. 381.

6) Gloss. ad l. 1 D. de extr. crim. und ad l. 13 D. ad l. Jul. de adult. Jac. de Bellov. Pract. III. c. 26. Baldus ad l. 5 C. de episc. u. ad l. 11 C. de his qui acc. non poss. Clarus §. fin. qu. 92. C. de Battandier Reg. 119. Menoch. arb. quaest. II. 4. cas. 360. Farinac. qu. 123. n. 106 sq. qu. 124. vgl. Zachariä II. §. 154—157. Pfotenhauer S. 170 f.

7) vgl. Damhouder c. 96. n. 16. c. 103. n. 11 u. die Citt. b. Zachariä II. §. 159. 160. vgl I. §. 119 (wo Blamblacher und Carpzov mit Unrecht für die entgegenstehende Meinung angef. werden, die sich vielmehr nur bei Remus findet).

8) s. namentlich Böhmer, Quistorp, Koch, Meister, Renazzi, Klein ꝛc. b. Zach. II. §. 160. 161. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 107—111 und die meisten Neueren. vgl Scholz Prozeß gegen die Gräfin Görtz-Wrisberg. 1835.

9) s. Zachariä I. §. 117 und d. dort Angef.

10) N. Arch. I. 168. 169. II. 602 f. IV. 20 f. X. 549. Bauer Anm. z. hann. Entw. I. 374 f. Abh. I. 319—321. Henke I. 255. (Nicht ganz bestimmt sprechen sich aus Wächter I. §. 85. n. 68. Abegg §. 94—96. Schröter §. 81. 85, — eher übr. gegen Mittermaier.) Zachariä I. §. 105—114. Rossi II. c. 27. Carmigniani III. p. 311. Luden Abh. I. 459—467. Lelièvre p. 275 sq. Wintgens p. 24. sq. 98. Brouwer p. 36. de Jonge p. 333 sq. Brackenhöft S. 69—74. Hélie II. c. 10.

zu verwechſeln [1]) die bloße mündliche oder ſchriftliche Aeußerung, daß man daſſelbe begehen wolle [2]), wodurch übrigens nicht ausgeſchloſſen wird, daß die Drohung bei manchen Verbrechen einen Theil des Thatbeſtands bildet [3]), oder daß ſie an ſich ſelbſt als Injurie [4]), resp. als Delikt gegen die öffentliche Ruhe und Sicherheit [5]) erſcheint. — Abſolut nöthig zum Verſuch (als einer Handlung) iſt vor Allem ein Faktum, und zwar ein nicht nur überhaupt durch den Willen, ſondern durch den auf den vollen Thatbeſtand eines beſtimmten Verbrechens gerichteten dolus beſtimmtes Thun. Daher genügen zum Verſuche nicht allgemeine verbrecheriſche Projekte, vorläufige Anſtalten zu noch unbeſtimmten Zwecken [6]). Vielmehr kommt Alles einzig darauf an, ob dem Thäter nachgewieſen werden kann, daß der betreffende Akt bereits mit der beſtimmten Abſicht, ein beſtimmtes Verbrechen zu begehen, den innerlich abgeſchloſſenen Plan dazu in's Werk zu ſetzen, vorgenommen worden ſei, — was auch ſchon bei ſog. Vorbereitungshandlungen der Fall ſein kann, wenn auch nicht immer ſein muß [7]). — Gegen dieſe aus dem Begriff des Verſuchs ganz einfach ſich ergebende Konſequenz iſt nun eben durch die o. a. Theorie eine durchaus abſtrakte Unterſcheidung geltend gemacht worden. Die Hauptgründe dafür ſind: a) Vorbereitungshandlungen ſeien an und für ſich unſchuldige Akte, die nicht den Beweis liefern können, daß der Handelnde den feſten Willen gehabt habe, die Ausführung auch wirklich zu beginnen [8]); b) ſie ſeien der Zeit nach von der Ausführung entfernt; der Verbrecher müſſe ſich erſt noch in den eine wirkliche Uebertretung des Geſetzes enthaltenden Zuſtand verſetzen, ſein Wille könne ſich noch ändern [9]); c) durch Bedrohung der Vorb.handlungen komme man folgerichtig auf die Beſtrafung des bloßen Entſchluſſes, auf Tendenzprozeſſe ꝛc. [10]); d) die Kriminalpolitik rathe,

---

1) Dies geſchieht von Jarcke in Hitzigs Zeitſchr. H. 5. S. 151. Tittmann II. §. 516.

2) L. 225 D. de V. S. (50. 16). P.G.O. Art. 176. Heffter §. 76. n. 2.

3) Wächter N. Arch. XI. 639. XIII. 375. Zachariä I. §. 103.

4) L. 15 D. de injur. (47. 10).

5) Skopelismus, l. 9 D. de extr. crim. (47. 11). Landzwang, P.G.O. Art. 128. (ſowohl von Carpzov qu. 37., als von Zachariä I. §. 104 falſch aufgefaßt, — relativ am beſten von Wächter II S 44). Auch neuerdings bilden gefährliche Drohungen hie und da ein ſelbſtſtändiges Delikt. ſ. z. B. Wirt. GB. Art. 282. Heſſ. 171. Zürich. GB. §. 47. ꝛc.

6) Wenn Aeltere, wie J. de Bellovisu, Baldus u. A. mit der Gloſſe auch actus verbi od. consilii (im Unterſchiede von actus reales) zum Verſuche rechneten, ſo hatte dies einen andern Sinn. Pfotenhauer S. 171. Unter den Neueren gehen dagegen Manche hier zu weit, z. B. Jarcke. Dagegen ſ. beſ. (abgeſehen vom öſtr. GB.) Jenull I. 412 ff. u. Wächter u. Abegg a. a. O. (nur daß Wächter wohl mit Unrecht auf Schröter verweiſt). ſ. auch Hepp N. Arch. 1836. S. 247.

7) Dieſer Anſicht ſehr nahe ſteht Bauer, der nur die irrige (naturwidrige) Marotte hat, daß die Abſicht aus dem Akt an und für ſich ſchon erkennbar ſein müſſe. ſ. dag. Hufnagel III. 65. 66. vgl. Luden Hdb. I. 396. n. 11 und Otto S. 15—21. 30. 35. 59—62, der den Punkt genauer ſo beſtimmt, daß die zur Ausführung reifende Vorbereitung bereits eine erkennbare Richtung gegen ein beſtimmtes Objekt angenommen haben müſſe (?). vgl. Erachten für Mecklenburg 1. S. 116—122.

8) ſ. beſ. Zachariä I. 207—209. Rossi II. c. 27. Lelièvre p. 286. Mittermaier N. Arch. II. 606. 608. Hélie II. p. 13.

9) Mittermaier a. a. O. 609. 610. Schröter S. 121. n. 3.

10) Mittermaier a. a. O. S. 608. 609. Zachariä I. 210. Lelièvre p. 279. u. beſ. Rossi l. c.

durch Ausſicht auf Strafloſigkeit den weiteren Fortſchritt zum Verbrechen zu hemmen [1]); e) bei bloßen Vorb.handlungen ſei der Beweis ſehr ſchwer herzuſtellen [2]); f) der Gegenſtand des Strafrechts ſeien nur äußere, objektiv gefährliche (äußerlich erkennbar geſetzwidrige) Handlungen; dahin gehöre aber immer erſt die begonnene Haupthandlung [3]). — Allein ad a) iſt das Geſagte höchſtens von vorläufigen Anſtalten zu noch unbeſtimmten Zwecken, allgemeinen verbrecheriſchen Projekten ꝛc. zuzugeben, niemals aber von vorbereitenden Handlungen behufs der Ausführung eines bereits beſtimmten verbrecheriſchen Plans. Eine Handlung, die im Dienſte einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht unternommen wird, tritt eben damit aus der Reihe der indifferenten (unſchuldigen) Akte heraus. Die Behauptung aber, daß es nach Anſchaffung der Mittel noch eines beſondern Entſchluſſes zur Ausführung bedürfe, iſt willkührlich; es bedarf nur einer Feſthaltung des erſten Entſchluſſes, der ſchon der Anſchaffung der Mittel vorangieng; und eben dies iſt auch in dem Stadium von dem Anfang der Ausführung der Haupthandlung bis zum beendigten Verſuche noch der Fall, oder man könnte mit demſelben Rechte ſagen, auch hier bedürfe es noch einer Reihe neuer, beſondrer Entſchlüſſe [4]). Der Beweis der Abſicht läßt ſich doch aber ohne Zweifel mindeſtens durch Geſtändniß herſtellen [5]). b) Die Entfernung der Zeit nach iſt gänzlich indifferent [6]). Daß aber der Handelnde ſeinen Willen noch ändern könne, läßt ſich wiederum mit demſelben Rechte von allen Verſuchshandlungen bis zum beendigten Verſuche hin ſagen [7]). c) Die behauptete Konſequenz findet handgreiflicher Weiſe nicht ſtatt; denn es liegen ja betr. Falls ſtets äußere, aus verbrecheriſcher Abſicht hervorgegangene Handlungen vor, die nach dem Anerkenntniß der Gegner ſelbſt unbedingt unter den Begriff des Verſuchs fallen [8]). Hält man aber nur daran feſt, daß bloße Drohungen, vorläufige Anſtalten, die erſt zur Bildung einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht führen ſollen u. dgl., nicht genügen, ſondern daß der Verſuch erſt beginnt, wenn mit der Hervorbringung eines bereits beſtimmt beabſichtigten Verbrechens, der Ausführung eines wirklichen Plans thatſächlich der Anfang gemacht wird [9]) (namentlich mit

1) ſ. auch die Wirt. Mot. z. Art. 57.

2) de Jonge II. p. 335—337.

3) Mittermaier N. Arch. II. 604. Zachariä I. 207. Brackenhöft S. 69. 70.

4) N. Rev. S. 384. Luden Hdb. I. 394. ſ. ſchon Jenull I. 417. 418. Pfotenhauer S. 33. n. 56. Mit Recht giebt daher auch Brackenhöft dieſen Grund preis.

5) Breidenbach I, 2. S. 133. Hufnagel III. 66. ſ. auch de Jonge II. 338. 339.

6) Jenull I. 417.

7) N. Rev. S. 384. Unklar iſt Roßhirt Entw. S. 305. 306. ſ. dag. die ganz richtig gezogene Konſequenz b. Cucumus N. Arch. X. 205—210.

8) vgl. Zachariä I. 201. Mittermaier N. Arch. II. 604. Anders allerdings Otto a. a. O., der aber den entfernten Verſuch nur unter andrem Namen (bedrohende Vorbereitung) für ſtrafbar erklärt (wovon er freilich ſimple d. h. nicht zur „Bedrohung" gediehene Vorbereitungsakte willkührlich ausſchließt). Mit Unrecht polemiſirt dieſer übrigens S. 23. 24 gegen Hefftter §. 75, da dieſer §. 76. n. 5., ſowohl in der Anſchaffung als Anwendung der Mittel bei konkretem dol. ſtrafbaren Verſuch ſieht. Goldtammer I. 266. 267 unterſcheidet hiernach allerdings zwiſchen ſtrafloſer Vorbereitung u. Verſuch.

9) Luden Hdb. I. 391—396. Hepp N. Arch. 1836. S. 245—247. Brei-

der Anſchaffung und Zubereitung der hiezu nothwendigen Mittel, Kräfte und Werkzeuge), ſo fällt auch das vermeintliche politiſche Bedenken weg, daß die gleichgiltigſten und unſchuldigſten Handlungen zur Verhängung eines Kriminalprozeſſes genügen werden [1]), wogegen überdies die bisherige Erfahrung in Deutſchland auf's Beſtimmteſte ſpricht [2]). d) Der angef. krim. politiſche Grund iſt ein an ſich prekärer u. wird von denen, die ſich ſeiner bedienen, gerade da verläugnet, wo er ſich am wirkſamſten zeigen müßte [3]). e) Abgeſehen davon, daß hier wieder die regina probationum ganz ignorirt wird, folgt daraus nichts, als daß bei nicht hergeſtelltem Beweiſe freigeſprochen werden muß, was aber bei weiter vorgeſchrittenen Verſuchshandlungen wieder gerade auf dieſelbe Weiſe ſich verhält [4]). f) Da nach dem Zugeſtändniſſe der Gegner die Vorbhandlungen ſchon Verſuch ſind, ſo iſt der Fortſchritt von hier an ein bloß quantitativer, und aus dem Begriff des Verſuchs ſelbſt läßt ſich zugeſtandener Maßen ein qualitativer Unterſchied von der Stärke, daß von einem beſtimmten Moment an das Mehr dem Gebiete der Strafbarkeit, das Minder dem Gebiete der Strafloſigkeit zufiele, nicht ableiten [5]). Es wird daher auch hier wieder der Hauptgrund von außen herbeigezogen, daß eine Handlung, um ſtrafbar zu ſein, für ſich ſelbſt objektiv gefährlich ſein müſſe. Allein es iſt ſchon ob. (§. 83. Anm. 3) gezeigt worden, daß dies unrichtig ſei und zur Aufhebung der Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt führe [6]). Ueberdies verwickeln ſich aber die Gegner hier in unlösbare Widerſprüche mit ſich ſelbſt, indem ſie ſich zur Bekämpfung der (allerdings zur Begründung der richtigen Anſicht nicht tauglichen) Einwendung [7]), daß auch Vorbereitungsakte ſchon gefährliche Handlungen ſeien, anſchicken [8]). Die Willkührlichkeit des von ihnen geſetzten Grenzpunktes (Anfang der Ausführung der Haupthandlung) zeigt ſich ferner am ſchlagendſten darin, daß ſie ſelbſt unter einander über die richtige Bezeichnung dieſes Strafloſigkeit und Strafbarkeit [9]) ſcheidenden Grenzpunkts nicht

---

denbach S. 140. vgl. noch Feuerbach Lb. §. 43. Grolman §. 31. Martin §. 61. n. 15. Tittmann I. §. 98. Heffter §. 75. u. genauer Derſted Abh. II. 149 f. Jordan p. 11—19. Jarcke in Hitzigs Zeitſchr. V. 148 f. Pfizer in d. Tüb. krit. Zeitſchr. III. 100 f. Pfotenhauer S. 46 f. 182 f. Roßhirt zwei krim. Abh. S. 128 ff. Ungenau iſt Marezoll S. 112—114.

1) N. Rev. S. 387.

2) Beiſpiele, wie die in Hitzigs Zeitſchr. I. 39. V. 335 angef., ſtehen vereinzelt. ſ. dag. Hepp a. a. O. S. 244 ob. 247. Breidenbach I, 2. S. 133. 134. 144. Hufnagel I. 126—129. Leonhardt I. 160. u. die Zeugniſſe bei Goldtammer I. 250. 251.

3) Hepp a. a. O. S. 248.

4) ſ. beſ. Stübel Theilnahme S. 64. Breidenbach und Hufnagel a. a. O. Pfotenhauer S. 52—54. 55. 56. vgl. Arnold im N. Arch. 1843. S. 513.

5) Berner Theilnahme S. 91. 92 verſpricht allerdings, mit Berufung auf den Fürſten Talleyrand, einen ſolchen Nachweis zu liefern. ſ. dag. Breidenbach I. 2. S. 141.

6) vgl. noch N. Rev. S. 385. 386. Jenull I. 417. 418.

7) ſ. beſ. Derſted a. a. O. S. 153. 154. Hepp N. Arch. 1836. S. 245 unt. Binder Bem. z. bair. Entw. v. 1822. S. 38. 39.

8) vgl. Zachariä I. §. 112. ſ. dag. N. Rev. S. 387. 388.

9) Die Schwierigkeit tritt allerdings auch ein, wo es ſich um die Unterſcheidung zwiſchen entferntem u. nahem Verſuch handelt. Es iſt aber doch noch ein großer Unterſchied, ob es ſich um die Grenze abſoluter od. bloß relativer Strafbarkeit handelt. Uebrigens aber iſt die Fixirung jener 2 Grade an ſich zu verwerfen. ſ. N. Rev. §. 123.

einig ſind, und der eine ſchon zum Anfang der Ausführung rechnet, was dem andern bloße Vorbereitungshandlung iſt [1]), zudem aber noch die auffallende Einräumung gemacht wird, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungsakte erſcheinen, doch wegen der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Verbrechens den Charakter von Ausführungshandlungen erhalten können [2]). Eben damit hängt denn endlich auch die gröbliche Inkonſequenz zuſammen, womit die Gegner mehr oder weniger den von ihnen als gerecht vertheidigten Grundſatz alsbald wieder durch willkührlich zuſammengewürfelte Ausnahmen durchlöchern [3]). — Gewiß iſt jedenfalls, daß dieſe neue Anſicht einem allgemein [4]) ſeit Jahrhunderten in Deutſchland anerkannten und in der Praxis geübten Rechtsſatze widerſpricht [5]). Die Entgegenſetzung des, nicht einmal durch die frühere Doktrin und Praxis in Frankreich auch nur im Mindeſten gerechtfertigten [6]), lediglich aus politiſchen Rückſichten hervorgegangenen Grundſatzes des Code pénal gegen die alte Uebung in Deutſchland erſcheint jedoch ebenſo unnöthig als unglücklich, da die beliebte Gleichſtellung der Strafbarkeit des Verſuchs und der Vollendung in Frankreich natürlich den geſunden Menſchenverſtand zu einer Beſchränkung des Verſuchsbegriffs drängen mußte [7]), wofür in Deutſchland für die gleiche Naturgabe nicht der mindeſte Grund vorlag [8]). Gleichwohl hat der prinzipios aufgehaſchte Satz des Code pénal die Runde durch die neueren deutſchen Strafgeſetzgebungen ge-

---

1) vgl. die angef. Abhandlungen von Mittermaier mit Bauer, Zachariä u. A. ſ. namentlich Zachariä I. 200. n. 1. S. 202. n. 1. II. S. 37. n. 2. Bauer Abh. I. 319. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. 180 f., beſ. aber die ſtändiſchen Verh. bei Breidenbach, Hufnagel, Leonhard u. A., Weiß S. 140—142. 153—155. Hye S. 310. 311. N. Rev. S. 416—418. Luden Hdb. I. 396. n. 10. 11. Pfotenhauer S. 46 ff. vgl. Lelièvre p. 209—225. 275—282. Hélie II. 37 sq. Carnot comm. p. 16. Zirkler N. Arch. 1839. a. a. O. v. Seckendorf eb. II. S. 348—353. ſ. beſ. Goldtammer I. 261—267.

2) Zachariä I. 203. II. 37. n. 2.

3) Mittermaier N. Arch. X. 549. Zachariä I. §. 114. u. S. 232. n. 3. Rossi l. c. Lelièvre p. 279—285. de Jonge II. 338 sq.

4) Erſt das öſtr. GB. 1803 machte eine Ausnahme, und auch dieſes in keineswegs zweifelloſer Weiſe, wie die Auffaſſung von Jenull a. a. O. Lelièvre (p. 417). Luden Hdb. I. 392. n. 4., Zachariä I. §. 120., Breidenbach S. 134. u. A. beweiſt. ſ. indeſſen Hye S. 303—311.

5) ſ. dieſe Anm. i. A. vgl. auch Zachariä II. §. 158—162. Hepp a. a. O. S. 244 ob. Breidenbach I, 2. S. 133. Hufnagel I. 126. Leonhardt I. 160. ſ. auch Preuß. LR. II. 20. §. 42. Bair. GB. Art. 62. Anm. I. 187. u. die ſchweizeriſchen Geſetzgebungen b. Zachar. I. 227. n. 3. Goldtammer I. 250. 251. Gänzlich verunglückt iſt daher die von großer Oberflächlichkeit zeugende Bemerkung von Temme Gloſſen. S. 92. n. 5.

6) Tiraq. de poen. temp. Csa. 38. Jousse III. P. 4. Tit. 21. art. 4. (nur bei crimes énormes hatte man früher den Verſuch der Vollendung gleichgeſtellt).

7) ſ. übrigens auch Legraverend Lacunes ꝛc. I. 232. Die offen daliegenden Willkührlichkeiten u. Widerſprüche der franz. Praxis (ſ. Hélie, Goldtammer l. c.), die an ſich ſehr verzeihlich ſind, ſollten doch in Deutſchland nicht mit gar ſo blinden Augen angeſehen werden (wie z. B. wieder in den bair. Mot. z. Art. 37. 38).

8) Hepp N. Arch. 1836. S. 246. 247. Breidenbach S. 139. Goldtammer I. 270. 271.

macht [1]). Keineswegs jedoch in ſeiner Reinheit [2]). Denn es laſſen ſich die betreffenden Beſtimmungen wenigſtens zum Theil (trotz der auf den C. pén. verweiſenden Motive) auf die richtige Weiſe auslegen [3]). Die meiſten Geſetzgebungen laſſen freilich dieſe naturgemäße Auslegung nicht mehr zu [4]); allein ſie haben gleichwohl mehr oder weniger das nationale Element wenigſtens inſoweit nicht zu verläugnen vermocht, daß ſie eine größere oder geringere Reihe von Ausnahmen ſtatuirten [5]), womit freilich der prinzipielle Fehler nicht gutgemacht iſt [6]).

3) Der Satz, daß durch freiwilliges Aufgeben der Verſuch ſtraflos werde, wurde ſchon ſeit der Gloſſe unbedenklich auch im röm. Rechte gefunden [7]). Neuerdings iſt behauptet worden, daß dies mit Unrecht geſchehen ſei [8]), jedoch ohne genügenden Grund. Wenn nämlich allerdings mehrere gewöhnlich angef. Stellen nichts beweiſen [9]), ſo werden doch von den Gegnern Stellen angeführt, die ebenſo wenig etwas bedeuten, da ſie von einer ganz andern Frage reden [10]). Höchſt willkührlich werden aber die geradezu den Satz beweiſenden Stellen gedreht [11]). Freilich hängt dies mit der andern irrigen Anſicht zuſammen, daß auch dem ſpäteren röm. Recht der Begriff des Verſuchs gänzlich gefehlt habe; ſ. dag. §. 81. Anm. 1 [12]). Der Widerſpruch gegen die comm. opinio iſt denn auch um ſo auffälliger, je klarer es iſt, daß der fragliche Grundſatz zu denen gehört, die ſich aus dem germaniſchen Rechte allein ohne Einwirkung des die Subjektivität überwiegend berückſichtigenden röm. Rechts gar nicht entwickeln konn-

---

1) obgleich auch in den Rheinlanden der franz. Rechtsſatz zu endloſen Zweifeln geführt hatte.

2) ſ. ſelbſt das öſtr. GB. §. 8. (7).

3) ſ. beſ. Braunſchw. GB. §. 36. 40. Zu weit geht dagegen Breidenbach S. 144.

4) Sächſ. GB. Art. 29. Wirt. Art. 63. Hannövr. Art. 33. 34. Heſſ. Art. 65. Bad. §. 106. 108. Thüring. Art. 23. 27. Preuß. GB. §. 31. vgl. Beſeler S. 137—140. Sächſ. Entw. Art. 37. 43. Bair. Art. 37. 38.

5) Sächſ. GB. Art. 30. Leonhard I. S. 163. Braunſchw. GB. ed. Breym. S. 201. 202. Breidenbach I, 2. S. 142. 143. Bad. GB. §. 108. Thüring. Art. 27. Beſeler S. 141. u. ganz beſonders Hufnagel I. 126—129. vgl. die Bem. von Breidenbach S. 143. 144. N. Rev. S. 389.

6) Daß die deutſche Praxis in übler Lage iſt, zeigen Weiß a. a. O. und Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 63. 64. n. 2. Gegen die Auslegung in Sachſen ſ. beſ. Otto S. 24—35.

7) Gl. ad l. 65 D. de furt., ad l. 5. C. de episc. u. ad l. 19. ad l. Corn. de fals. vgl. die b. Zachariä II. §. 274. 275 angef. Italiener. Cropp S. I. p. 75 sq.

8) Luden Abh. I. 271 f. Zachariä II. §. 269—273. Lelièvre p. 112—116. ſ. dag. Hiddema Jongsma an del. con. poena sit affic. ꝛc. p. 6—26. N. Rev. S. 390. 391.

9) L. 11 D. de in jus voc. (2. 4). L. 18 D. de jurisd. (2. 1). L. 5 D. ad Sct. Turp. (48. 16). vgl. de Jonge II. p. 97—99. L. 3. C. de apost. (1. 7.) L. 10 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2).

10) ſo L. 3 D. quod quisque (3. 2). L. 65 D. de furt. (47. 2). L. 5 D. vi bon. rapt. (47. 8). L. 1. C. de crim. stell. (9. 34).

11) beſ. von Luden. ſ. l. 19. pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). L. 5. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). vgl. l. 13 D. de cust. reor. (48. 3). de Jonge l. c. p. 100—107 (der übrigens in dieſen Beſtimmungen Singularitäten ſieht). ſ. noch Paul. R. S. V, 23. §. 3. L. 14. §. 8. l. 16. §. 3 D. de bon. libert. (38. 2).

12) vgl. Mittermaier N. Arch. X. 545. 546. Jordan p. 30.

ten [1]), wie denn auch die Gegner ſelbſt behaupten, in die P.G.O. ſei der fragliche Grundſatz durch die Autorität der ital. Jurisprudenz gekommen, welche an ſeiner Anerkennung durch das röm. Recht im Mindeſten nicht gezweifelt hatte [2]). Eben weil nun die P.G.O. (Art. 178) den Grundſatz auf ganz zweifelloſe Weiſe ausſpricht [3]), iſt auch die Giltigkeit deſſelben, oder mindeſtens der Satz, daß bei freiwilligem Aufgeben die Strafe gemildert werden müſſe, von der deutſchen Doktrin [4]) bis auf unſre Zeit herab allgemein anerkannt worden [5]). Wie nun hiebei meiſt die ältere Doktrin willkührlich von der P.G.O. abwich, indem ſie an die Stelle der Strafloſigkeit bloße Strafmilderung ſetzte [6]), ſo zeigt auch die ältere Partikulargeſetzgebung, ohne ein feſtes Prinzip faſſen zu können, dieſelbe Neigung [7]), und das an der Schwelle des 19ten Jhs. ſtehende Preuß. LR. (§. 43 vgl. 60—63) ſteht ſchon ganz auf der in der Aufklärungsperiode gewöhnlich gewordenen Grundlage kriminalpolitiſcher Erwägungen [8]). Hier iſt nur Begnadigung in Ausſicht geſtellt. Allein die gleichen Zweckmäßigkeitsgründe ſind damals und ſpäter auch für die Strafloſigkeit geltend gemacht worden, bald allein, bald wenigſtens neben dem allein entſcheidenden Rechtsgrunde [9]), — bedeutungslos, weil aus ähnlichen Gründen ebenſoleicht das Gegentheil gefolgert werden kann [10]). Nur der im Jen angef. Rechtsgrund hat wirkliches Gewicht [11]). Aus demſelben ergiebt ſich zugleich, daß a) von dem freiwillig aufgegebenen Verſuche nicht auf die gleiche Behandlung der Reue nach vollbrachter That geſchloſſen werden darf [12]), b) daß durch die Zurücknahme der Abſicht die verbrecheriſche Eigenſchaft der Handlung nur inſoweit aufgehoben wird, als ſie den Verſuch des beabſichtigten Verbrechens darſtellen würde, während ſie eine ſolche allerdings als vollbrachtes geringeres Delikt behalten

---

1) ſ. Zachariä II. 282. n. 2.

2) Luden Abh. I. 518. n. 1. Zachariä II. §. 277.

3) Jordan p. 32 sq. — Einzelne Zweifler giebt es allerdings auch hier. ſ. z. B. Kleinſchrod I. §. 42. und wenigſtens relativ Tittmann I. §. 98. n. v. Grolman §. 169. n. 2. vgl. Marezoll S. 111. 112. (?).

4) ſ. die Nachweiſungen b. Zachariä II. §. 279—282. u. eb. §. 249—269. Luden Hdb. I. 417 f. A. M. Kleinſchrod a. a. O. Oerſted Grundregeln S. 159 f.

5) A. M. ſind Lelièvre p. 342—352. Wintgens p. 121. Brouwer p. 40; doch wollen ſie auch mildere Strafe.

6) Dies hatte freilich Clarus ausgeſprochen §. fin. qu. 61. n. 21. vgl. Carpzov, Kreß, Böhmer, Engau, Koch, Quiſtorp u. A. bei Zachariä a. a. O.

7) Oeſtr. L.G.O. 1678. II. Art. 65. §. 7. j. Art. 62. §. 12. Sächſ. Konſtit. Const. 16. 32. a. E. Preuß. LR. 1620. VI. Tit. 5. Art. 1. §. 9. Tit. 7. Art. 1. §. 8. Cod. Max. c. 8. §. 8. Theres. art. 13. §. 5. 6.

8) Klein Grundſätze §. 153.

9) Mittermaier N. Arch. I. 199. 200. vgl. X. 555 (?). Jenull I. 203. Bauer Abh. I. 355—358. (vgl. Chop N. Arch. 1842. S. 533. 534). Henke I. 257. Rossi II. c. 32. Feuerbach Krit. d. Kleinſch. Entw. II. 103. Anm. z. bair. GB. I. 181. Zachariä II. §. 259. Hye S. 328 Note.

10) Oerſted Grundregeln S. 159 ff. Kleinſchrod, Tittmann, Grolman, Lelièvre a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 189 ff. 199 ff.

11) Zachariä II. 239—242. 246. Luden Hdb. I. 420. n. 8. A. M. Otto S. 84—90, jedoch auf den Grund einer eigenthümlichen Strafrechtstheorie.

12) Mehrere ältere deutſche Geſetzgebungen, u. noch das Preuß. LR. haben dieſe richtige Einſicht nicht. vgl. Oerſted a. a. O. Otto a. a. O., der geradezu die vollſtändige Privatausgleichung (wo ſie möglich ſei) als Surrogat der Strafe anſieht!

kann [1]), c) daß die Absicht wirklich aufgehoben, nicht etwa die Ausführung bloß aufgeschoben sein muß [2]). — Damit aber Strafloſigkeit eintreten könne, iſt zweierlei erforderlich: 1) daß der Verſuch freiwillig aufgegeben worden, d. h. daß die Vollbringung nicht aus andern, vom Willen des Thäters unabhängigen Gründen (weil er unüberwindliche oder doch abſchreckende Hinderniſſe fand, weil er das erwartete Intereſſe nicht antraf, weil ſeine Kräfte nicht ausreichten, Objekt oder Mittel untauglich waren, weil ein Zufall dazwiſchentrat ꝛc.), unterblieben ſei [3]), — wogegen andernfalls auf das Motiv des nicht von außen veranlaßten Abſtehens nichts ankommt [4]). — 2) daß nicht bereits beendigter Verſuch vorgelegen, d. h. der Thäter bereits alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche ſeinerſeits geleiſtet geglaubt habe. Denn der beendigte Verſuch iſt für des Thäters Bewußtſein das vollendete Verbrechen ſelbſt [5]). Er glaubt in dieſem Augenblicke alle den Eintritt der verbrecheriſchen Wirkung bedingenden Natururſachen angeregt zu haben. Für ihn iſt daher kein freiwilliges Abſtehen von einem bloßen Verſuche mehr denkbar, da er ſich eben bewußt iſt, die Grenze des Verſuchs hinter ſich zu haben [6]). — Die Frage, ob die Sinnesänderung in

---

1) ſ. ſchon Baldus ad l. 5. C. de episc. Menoch. b. Zachar. II. 286. Farinac. qu. 124. n. 33. Granz b. Zachariä II. 301. Luden Abh. I. 520. Zachariä II. 293. Im Hdb. I. 420. 421 macht Luden eine Diſtinktion, die nur theilweiſe richtig iſt. Die n. 11 gegen Zachariä (vgl. N. Rev. S. 444) behauptete Inkonſequenz iſt keine, da von dem Fall des qualifiz. Verſuchs auf den vorliegenden kein Schluß gilt, in dieſem vielmehr mit vollem Rechte geſagt werden kann, daß in der Abſicht zu tödten auch die Abſicht der Verwundung nothwendig mitgelegen habe. Regelmäßig wird hier allerdings beend. Verſ. vorliegen, d. h. freiw. Abſtehen ausgeſchloſſen ſein. Mit Unrecht beruft er ſich auf Bauer Abh. I. S. 397—399, der in den entgegengeſetzten Fehler fällt.

2) Zachariä II. §. 251. 262. Hepp N. Arch. 1836. S. 253. Bauer Abh. I. 359. (vgl. Zachariä II. 254. n. 1). Anm. z. beir. GB. I. 182. N. Rev. S. 392—395.

3) ſ. ſchon Farinac. b. Zach. II. 287. Romagnosi §. 724 sq. Zachariä II. §. 250—254 (im §. 254 Unrichtiges) j. 261. 262. Bauer Abh. I. 358. 360. Luden Hdb. I. 424—427. vgl. Lelièvre p. 233 sq. vgl. übr. Leonhard I. 171 n. *. Hye S. 330. 331.

4) Henke I. 259. Bauer, Zachariä, Luden a. a. O. vgl. Schröter §. 87. u. andrerſeits Breidenbach I. 2. S. 204. 205.

5) A. M. Henke a. a. O. Zachariä II. §. 263. 264, der von einem unrichtigen Begriffe des beendigten Verſuchs ausgeht. ſ. dag. ſchon Menoch. arb. quaest. Cas. 360. n. 20, u. unter den Neueren beſ. Bauer Abh. I. 360—362, der jedoch gleichfalls den beendigten Verſuch unrichtig beſtimmt u. in Widerſprüche geräth, S. 332., Luden Hdb. I. 428. 429, von dem theilweiſe daſſelbe gilt. Richtiger Schröter §. 88. Rossi II. c. 29. 33. Heffter §. 99. n. 4. vgl. Breidenbach S. 204. n. 1. 2. — N. Rev. S. 395—399. 419—427. Held und Siebdrat S. 74. 75. vgl. überhaupt Held in den N. Jahrb. III. 93 f. und eb. I, 4. S. 107. 108. VI. 78 f.

6) In einem Falle, wo der Thäter die Möglichkeit noch in der Hand hat, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden und dieſe Möglichkeit wirklich benützt, hat er keinen bereits beendigten Verſuch wieder aufgegeben. Gewöhnlich werden hier Fälle zuſammengeworfen, die ſehr verſchieden ſind. ſ. z. B. Zachariä II. 256—258. (ſ. übr. denſ. II. 34!) Luden a. a. O. ſ. dag. N. Rev. 396—398. 426. vgl. Breidenbach a. a. O. und die dort citt. franzöſ. Schriftſteller. Kann oder will im fraglichen Falle der Thäter die Wirkung nicht mehr aufhalten, dann war der Verſuch ein beendigter. Hier aber bloße culpa anzunehmen (N. Arch. VI. S. 62. n. 2. Hepp eb. 1836. S. 46), iſt gänzlich verkehrt. Zachariä II. 264. ſ. auch Leonhard I. 172. 173. vgl. auch Temme Gloſſen S. 94—96 (nur theilweiſe richtig).

eine äußere, dieſelbe beurkundende, dem bisherigen geſetzwidrigen Handeln entgegengeſetzte Thätigkeit übergegangen ſein müſſe, — iſt inſofern zu bejahen, als in der Regel das Angeführte nothwendig ſein wird, um im konkreten Falle den Beweis der zurückgenommenen Abſicht herzuſtellen [1]). Mit Unrecht wird jedoch derſelben hie und da [2]) die prozeſſualiſche Wendung untergelegt: ob das freiwillige Abſtehen vom Verſuch oder das Gegentheil zu vermuthen, resp. ob der Beweis für das erſtere vom Angeſchuldigten zu führen ſei? [3]) — Die neueren deutſchen Geſetzgebungen ſeit dem öſtr. GB. (1803) haben den fraglichen Grundſatz faſt durchaus, wenn auch offenbar meiſt mehr nur aus Zweckmäßigkeitsgründen anerkannt; eine Ausnahme machen das ſächſiſche GB. Art. 28 [4]), welches Strafe, relativ das bair. u. hannövriſche, welche (Art. 59. 35) polizeiliche Aufſicht anordnen [5]), u. das heſſiſche, welches den beim Verſuch anerkannten Grundſatz bei den ausnahmsweiſe ſtrafbaren Vorbereitungshandlungen verläugnet [6]). Im Einzelnen dagegen weichen die neueren Geſetzgebungen mehrfach von einander ab, mit Ausnahme des Grundſatzes, daß das bereits Bewirkte, wenn es ſich als ein delictum sui generis darſtellt, als ſolches zu beſtrafen iſt [7]), auch wohl des andern, daß der Verſuch nicht bloß aufgeſchoben ſein darf [8]). Was namentlich die Bedingungen der Strafloſigkeit (resp. der geringeren Strafe) betrifft, ſo ſtimmen ſie hinſichtlich der näheren Beſtimmung deſſen, was unter freiwilligem Abſtehen verſtanden werden ſoll, nur inſoweit überein, daß ein ſolches entſchieden nicht anzunehmen iſt, wenn bloß durch äußere Hinderniſſe, Dazwiſchenkunft von Zufällen, phyſiſches Unvermögen die Vollendung unterblieben iſt, laſſen aber der Auslegung im Uebrigen noch vielen freien Raum [9]). Das Er-

---

1) Bauer Abh. I. 362—364. Zachariä II. 263. 264. ſ. auch ſchon Schröter §. 87. Viel weiter geht Otto a. a. O., der darin die conditio s. qua non ſieht, und daher den Grundſatz ungemein beſchränkt (andrerſeits aber freilich auf vollendete Verbrechen erweitert).

2) Gans krit. Bel. d. hann. Entw. I. 107 f. Zachariä II. §. 265. 266. vgl. Rossi II. c. 32. Lelièvre p. 231 sq. 329 sq.

3) Am ſchroffſten ſpricht ſich Breidenbach I, 2. S. 205—207 aus. ſ. dag. ſchon Zachariä a. a. O., u. gegen dieſen Hufnagel I. 148. Bauer a. a. O. Luden Hdb. I. 431—433. Zachariä ſelbſt II. §. 278. (vgl. die II. S. 287 citt. Italiener). N. Rev. 399—401. vgl. Leonhard I. 174—176.

4) ſ. dag. Herrmann S. 79. Schüler S. 31. 32. vgl. Art. 65 (!). Weiß S. 149—151. vgl. Zürich. GB. §. 46, 2.

5) Leonhard I. 176. vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 70. n. 6. (ſ. jed. Geſ. 13. Aug. Art. 9.) Breidenbach S. 209. 210. Braunſchw. GB. ed. Breym. S. 202.

6) Breidenbach S. 207—209. ſ. dag. Wirt. GB. Art. 73. Leonhard S. 173.

7) Hye S. 329. 330. Beſeler S. 143 (unklar). Bair. GB. Art. 63. Sächſ. Art. 28. Wirt. Art. 73. Hann. Art. 34. Heſſ. Art. 70. Braunſchw. §. 69. Bad. §. 117. Thüring. Art. 26. Weiß S. 151. (ſ. beſ. die Fälle in der Note). Breidenbach S. 210.

8) ſ. Bair., Hann., Heſſ. (69), Braunſchw. GB. Die übrigen erwähnen den Punkt nicht. ſ. jedoch Hufnagel I. 148. Held N. Jahrb. f. ſächſ. Strafr. 1845. S. 99 ff. Hamb. Entw. 1848. Art. 32. (1849. 31).

9) vgl. Braunſchw. GB. (ed. Breym.) S. 229 ob. u. bad. §. 117, wo Alles der Auslegung überlaſſen iſt. Beſtimmter ſind in Beziehung auf die Negative das öſtr., bair., wirt., hann., heſſiſche, in geringerem Grade das ſächſ., thüring. u. preuß. GB. Die meiſten ſprechen ſich über die Motive des Abſtehens

forderniß, daß der Verſuch nicht ſchon beendigt ſein dürfe, iſt mehrfach ausdrücklich oder ſtillſchweigend gutgeheißen [1]). Offenbar iſt aber hier meiſt der Begriff des beendigten Verſuchs zu eng genommen und daher hie und da für den Fall, wo der Thäter nach (ſog.) beendigtem Verſuch den Erfolg noch abwendete, eine Strafmilderung [2]), resp. für einzelne Fälle Strafloſigkeit [3]) beſtimmt. Allgemein und richtig iſt dagegen die Frage im preuß. GB. §. 31 entſchieden; ebenſo in dem wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 10 [4]). — Mit dem vorliegenden Falle ſind übrigens viele Beſtimmungen der neuen Geſetzgebungen nicht zu verwechſeln, welche bei thätiger Reue nach eingetretener Vollendung noch Strafmilderung, resp. Strafloſigkeit eintreten laſſen [5]). — Was endlich die Beweisfrage betrifft, ſo laſſen es die neueren Geſetzgebungen hier faſt durchgängig [6]) bei den allgemeinen Grundſätzen bewenden, wornach nichts zu präſumiren iſt.

§. 85.

Von ſeinem Anfangspunkte an ſtellt der Verſuch ein fortwährendes Fortſchreiten der in Thätigkeit übergehenden Abſicht bis zur Vollendung hin dar. In dieſem quantitativen Fortſchritte laſſen ſich jedoch ſo wenig, als in dem gleichen bei der culpa (§. 66), qualitative Unterſchiede und hiemit beſtimmte Grade fixiren. Nur der Endpunkt des Verſuchs läßt ſich ebenſo beſtimmt wie ſein Anfangspunkt angeben. Beendigt iſt nämlich der Verſuch, ſobald der Handelnde alle ihm erforderlich ſcheinenden Thätigkeitsäußerungen vorgenommen hat, die Wirkung aber, welche das vollendete Verbrechen ausmacht, nicht eintritt vermöge einer Natururſache, deren

---

nicht aus. Dagegen thun dies das bair. und wirt. GB., welche Gewiſſensregung, Mitleid, Furcht vor der Strafe nennen, beſchränkender das heſſ., welches ausdrücklich Reue fordert. Breidenbach S. 204. 205. vgl. damit die in's andre Extrem gehende Auslegung b. Hye S. 330. 331., beſ. aber Held N. Jahrb. f. ſächſ. Strafr. 1845. S. 99—101. (vgl. Weiß S. 149. Held u. Siebdrat S. 75). Hufnagel III. 78. 99. 256. 257. Leonhardt S. 170. 171. Goldtammer I. 255—258.

1) Hannövr., heſſ., bad., thüring. GB. vgl. das ſächſ. und braunſchw. (?). Hufnagel I. 148. ſächſ. Entw. Art. 42.

2) Bad. GB. §. 118. Thüring. Art. 26, 2. Sächſ. GB. Art. 178. Entw. Art. 40. vgl. aber Breidenbach S. 204.

3) z. B. Wirt. GB. Art. 383, 2. Hann. GB. Art. 187. I., von Bauer Abh. I. 362 und von Luden Hdb. I. S. 430. n. 11. irrig dargeſtellt. ſ. dagegen Leonhardt I. 171—173, der aber das punctum saliens in Beziehung auf die Sache ſelbſt verfehlt.

4) Einfluß des franz. Rechts. Sirey XII, 1. 243. XV, 1. 220. Lelièvre p. 236. 369 sq. — Goldtammer I. 258. 267—272 (über den Begriff des beend. Verſuchs ſehr unklar). Unbeſtimmt iſt der bair. Entw. Art. 37, 2. Nach öſtreich. Recht ſcheint die Frage unpraktiſch zu ſein, da dies ſo häufig ſchon vollendetes Verbrechen annimmt, wo in der That nur beend. Verſuch vorliegt, übrigens hier die thätige Reue als Milderungsgrund gelten läßt. Hye S. 295—297. 331—333. vgl. 349. 350.

5) Oeſtr. GB. §. 62. 165. 168. 187. 188. Sächſ. GB. Art. 65. 151. 188. Bair. Diebſtahlsnov. Art. XI. Wirt. Art. 383, 1. Braunſchw. §. 208 ꝛc. Bad. §. 561. Leonhardt I. 173. n. **. Breidenbach S. 200. n. 2. ꝛc. ꝛc.

6) Ausnahmen ſ. im bair., und noch ſchroffer im heſſ. GB ſ. dag. die franzöſ. Praxis b. Merlin rép. univ. XVII. v. tentative. u. andre Zeugniſſe b. Goldtammer I. 260. u. bair. Geſ. 29. Aug. 1848. Art. 8, 2.

Wirkſamkeit ganz oder relativ unabhängig von ſeinem Willen iſt, ſofern er die äußeren Umſtände und den darin wirkenden Naturkauſalismus nicht richtig berechnet oder geleitet hat. N. Rev. §. 123.

1) Daß der Verſuch von ſeinem Anfangspunkte an, der freilich ſehr verſchieden beſtimmt wird, eine Menge von Abſtufungen zulaſſe, iſt überall anerkannt [1]). Nicht ebenſo aber der Satz, daß ſich mit Ausnahme des im §. Angegebenen beſtimmte Grade nicht fixiren laſſen [2]). Ganz unzuläſſig war es vor Allem, wenn man beſtimmte Verſuchsſtufen im röm. Recht abgegrenzt finden wollte [3]). Auch die Gloſſe und die ältere ital. Doktrin, wie die P.G.O. wiſſen nichts von ſolchen beſtimmten Graden [4]). Erſt die ital. Doktrin im 14ten Jh. fieng an ſich damit zu beſchäftigen, und zwar aus einem zunächſt der Sache ſelbſt äußerlichen Grunde, nämlich in dem Beſtreben, die Regel des röm. Rechts über die gleiche Strafbarkeit des Verſuchs und der Vollendung zu beſchränken. Man fieng an conatus remotus, propinquus, proximus zu unterſcheiden, war aber über die Stufen im Einzelnen ſo wenig einig, daß der eine noch zum con. remotus rechnet, was dem andern ſchon con. proximus [5]) iſt. Ebenſowenig iſt eine beſtimmte Fixirung ſolcher Grade der deutſchen Doktrin ſeit der P.G.O. gelungen [6]). Auch hat es nicht an ſolchen gefehlt, welche die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit einſahen, in einer bloß quantitativ gedachten Reihe beſtimmte Abſchnitte zu bilden [7]) — Indeſſen war ſchon in der ital. Doktrin der nicht mehr bloß quantitative, ſondern qualitative Abſchnitt des beendigten Verſuchs [8]) aufgetaucht [9]), indeſſen in der Regel nicht als eigene Stufe ausgeſchieden, ſondern mit dem con. proximus identifizirt oder wenigſtens als deſſen äußerſte Spitze bezeichnet worden [10]). Erſt Klein [11]) hob dieſen Begriff mit Schärfe hervor, indem er (was freilich mit Recht Tadel erfuhr) [12]) ihn ganz von dem des Verſuchs ablöſte und zwiſchen Verſuch und Vollendung in die Mitte ſtellte. Seitdem iſt nun zwar in der Regel der beendigte Verſuch als eigenthümliche Stufe unter die Verſuchsgrade, deren man bald 4 [13]), bald 3 [14]), bald 2 [15]) annimmt, aufgenom-

---

1) Romagnosi genesi §. 654. Böhmer Med. ad art. 178. §. 5. Hélie II. 124. Zachariä II. 1. 2. ꝛc. ꝛc.

2) vgl. neben den meiſten Uebrigen z. B. Feuerbach §. 43. Hefftter §. 75.

3) Cropp S. I. tit. 3. Lelièvre p. 38 sq. ſ. dag. Wächter Lb. I. S. 138—140. Zachariä II. 6. 7. Luden Abh. I. 267 f.

4) Zachariä II. §. 154. 158.

5) Zachariä II. §. 155—157. 206—211. vgl. Pfotenhauer S. 172 f.

6) Zachariä II. §. 159. 160.

7) Böhmer l. c.

8) Delictum perfectum; — nicht aber ſchon in der Gloſſe, wie Luden Abh. I. 418 behauptet. ſ. dag. Zachariä II. 10. n. 3.

9) A. M. Wächter I. S. 142. Roßhirt Entw. S. 323. ſ. jed. Menoch. cas. 360. n. 20.

10) ſ. d. Citt. b. Zachariä II. 15. n. 2. S. 17. n. 2. S. 21. n. 1. u. Böhmer l. c. §. 9.

11) Grundſätze §. 145.

12) Schröter S. 126. n. 2. Wächter I. S. 142. Henke I. 263.

13) Feuerbach Kritik II. 121. Hefftter §. 75.

14) ſo die Meiſten, indem ſie dem con. remotus u. proximus (del. attentatum u. inchoatum) noch das del. perfectum beifügen, dabei übrigens die ſog. Vorbereitungshandl. bald zum con. rem. mitrechnen, bald nicht.

15) mit Ausſtoßung der Vorb.handlungen: bald als entfernter u. naher (nächſter), bald als nicht beendigter u. beendigter Verſuch.

men worden. Allein theils fehlt es noch immer nicht an ſolchen, die ihn überhaupt als eigenthümliche Stufe verwerfen [1]), theils iſt bei denen, die ihn aufgenommen haben, meiſt die Einſicht zu vermiſſen, daß es nichts taugt, dem Stadium des beendigten Verſuchs wiederum nur quantitativ beſtimmte Stufen voran zu ſchicken [2]), die ſich gar nicht befriedigend fixiren laſſen [3]). Allein — auch hievon abgeſehen — wird der Begriff des beendigten Verſuchs neuerdings meiſt keineswegs richtig definirt. Derſelbe wird nämlich abſtrakt objektiv gefaßt [4]) und infolge davon behauptet: a) daß er nicht anwendbar ſei auf untaugliche Verſuchshandlungen [5]), b) ebenſowenig auf alle ſog. formellen Verbrechen, bei welchen er ſich eben nur in der Form des untauglichen Verſuchs zeigen könnte [6]). Dieſe Konſequenz iſt richtig [7]), aber ſie führt viel weiter, d. h. ſie führt zur völligen Negation des Begriffs des beendigten Verſuchs [8]). Wenn Weber dieſen überall ausgeſchloſſen wiſſen will, wo das Fehlſchlagen der Unternehmung nur irgendwie mit auf eine Ungeſchicklichkeit oder dgl. des Handelnden zurückzuführen ſei, ſo läßt ſich dies ebenſo auch von jeder an ſich noch ſo tauglichen Verſuchshandlung behaupten [9]). Es iſt daher inkonſequent, von dem abſtrakt objektiven Standpunkte aus auch nur in der beſchränkteſten Weiſe [10]) beend. Verſuch anzunehmen, doppelt inkonſequent aber, wenn überdies bei der Anſtiftung ein beend. Verſuch ſogar in Beziehung auf formelle Verbrechen, desgleichen wenn ein ſolcher dann ſtatuirt wird, wenn zur Bewirkung des Erfolgs noch die Handlung eines Andern erforderlich war [11]). Es muß deshalb vielmehr der Begriff des beendigten Verſuchs ſubjektiv gefaßt und auf alle (formelle und materielle) Verbrechen, auf taugliche, wie auf untaugliche Verſuchsakte angewandt werden [12]). Bei formellen

---

1) Mittermaier N. Arch. IV. 14. 21 f. VI. 385 u. n. 1. z. F. §. 43. Anm. z. bair. GB. I. 179. Henke I. 263. Roßhirt Entw. S. 317—319 (freilich nicht ſehr genau). Unklar iſt Goldtammer I. 267—272.

2) N. Rev. S 415—419. vgl. Zachariä II. 33. 38—40. Bauer Abh. I. 335.

3) Am verwerflichſten iſt es daher, wenn man auch jetzt eine nur quantitative Eintheilung aufſtellt, wie Mittermaier, Henke, Roßhirt a. a. O.

4) ſ. beſ. Weber im N. Arch. IV. 24—55. vgl. den Fall bei Habicht Erört. S. 240. Schaffrath S. 512 (!).

5) Zachariä II. §. 163. Weber a. a. S. 35—37.

6) Weber a. a. O. S. 38. 39. Zachariä a. a. O. vgl. S. 27. n. 1 gegen Weber. Bauer Abh. I. S. 331. Roßhirt Entw. S. 315 f. de Jonge II. 323. 324. Brackenhöft S. 87—89.

7) Daher iſt Bauer S. 333 ſehr inkonſequent, wenn er (allerdings richtig) auch untaugliche Verſuchsakte zuläßt, gleichwohl aber den beend. Verſuch auf die ſog. materiellen Verbrechen beſchränkt.

8) Inſoweit ſind die Einwürfe von Otto S. 21—23 gegen die gewöhnliche Auffaſſung ganz berechtigt.

9) N. Rev. S. 419—422.

10) Sonderbar kontraſtirt mit dieſer Beſchränkung die Behauptung, daß es bei mehreren Verbrechen ſogar nur einen beend. Verſ. geben ſoll. Mittermaier N. Arch. IV. 19. 20. Rossi II. c. 31. Weber S. 39—41. ſ. dag. Zachariä II. 30. 31. 40. n. 1. Hepp N. Arch. 1836. S. 232—235.

11) ſo Zachariä II. 33—36.

12) Die Polemik gegen den beendigten Verſuch bei Hufnagel II. 129—132. II. 894. III. 66—73. 640. (vgl. Schwarze Krit. d. preuß. Entw. S. 44) geht nur gegen den Begriff in der irrigen Faſſung Webers und Zachariäs. Leonhard I. 173. n. 8 zieht nur eine gerade ganz verkehrte Konſequenz. S. 167 ſpricht

Verbrechen kann er allerdings nur in der Form des untauglichen Verſuchs vorkommen. — Mit Recht definiren daher auch die franzöſiſchen Juriſten das délit manqué als das ſubjektiv vollendete Verbrechen [1]), ohne es damit von der Sphäre des Verſuchs auszuſchließen [2]), und mit ſehr richtigem Takte nehmen ſie noch Verſuch, und noch nicht dél. manqué (beend. Verſuch) an, ſolang es noch von des Thäters Willen abhängt, den Erfolg abzuhalten, daher Strafloſigkeit, wenn der Thäter dieſe Möglichkeit noch mit Erfolg benützt hat [3]).

2) Obgleich die P.G.O. keine Grade des Verſuchs fixirt hatte, ſo ließen es doch die Worte des Art. 178 unzweifelhaft zu, ſolche in ſie hinein zu interpretiren, was denn auch durch Doktrin und Praxis unbedenklich geſchah. Der große Einfluß der Doktrin iſt aber auch in den neueren Geſetzgebungen noch vorwaltend. Die Theresiana [4]) unterſcheidet entfernten Verſuch, nahen und nächſten; das preuß. LR. [5]) entfernten (Vorbereitungshandlungen), nahen und beendigten (del. perfectum). Das öſtr. GB. hebt keine Grade hervor, ſondern begnügt ſich mit der allgemeinen Vorſchrift, daß der Verſuch, je entfernter von der Vollendung, um ſo milder geſtraft werden müſſe [6]). Das bair. (Art. 60—62) unterſcheidet nächſten und entfernten (Vorb.handlungen) Verſuch, hebt zwar den beend. hervor, aber nur als eine Art des nächſten [7]). Das ſächſ. unterſcheidet keine Grade, deutet aber Art. 26, 2 den Fall des beend. Verſuchs als einen eigenthümlichen und ſchwereren an [8]). Das wirtemb. (Art. 64. 65) [9]), das hannövr. (Art. 33) [10]), das braunſchw. (§. 36), das heſſ. (Art. 68) [11]), das bad. GB. (§. 106. 107.), unterſcheiden beendigten und nicht

---

er Hufnagel nach, ohne ihn jedoch richtig zu verſtehen. ſ. dieſen III. 71. u. StrafGB. mit Anm. S. 65 ob. — vgl. N. Rev. S. 422—428. Wächter und die frühere (gem. rechtliche) Praxis in Wirtemb. b. Hufnagel III. 70. 71. Luden Hdb. I. 409. n. 5. Breidenbach I. 2. S. 174.

1) Rossi II. c. 29. i. f. c. 33. vgl. Romagnosi §. 623 sq.

2) Dies behauptet Zachariä II. 42 und Beſeler S. 145. 146. ſ. dag. das direkte Gegentheil bei Hélie II. 26. Dieſer und Rossi nehmen nur an der gleichen rechtlichen Behandlung der tentative u. des délit manqué Anſtoß, womit ſie ganz Recht haben. vgl. Goldtammer I. 269—271.

3) Mit ſolchen Fällen, welche nach Zachariä II. 34. 255—258 bald beend., bald nicht beend. Verſuch ſein ſollen und ihn ſehr in Verlegenheit ſetzen (N. Rev. S. 424—426), ſind übrigens diejenigen nicht zu verwechſeln, welche bei Hélie II. 31. 32 (vgl. Zachariä II. 43. n. 1) angeführt ſind! — Hat der Thäter die Möglichkeit nicht benützt, ſo hat er ſeinen Verſuch beendigt, und wenn der Erfolg gleichwohl nicht eintritt, ſo liegt d. manqué vor. A. M. ſcheint Breidenbach S. 175. vgl. S. 204 ob.

4) Art. 13. §. 3. Zum entfernten zählt ſie die bloßen Vorbereitungen, ja ſogar ernſtliche Willensäußerungen. Den con. proximus beſchreibt ſie als delictum perfectum.

5) II. 20. §. 40—42, es umſchreibt den Klimax von Klein §. 145.

6) §. 47 (40) u. Hye S. 333 Note. vgl. Jenull I. 419 ff.

7) vgl. Zachariä II. 45. 46. Das Zürich. GB. §. 43 unterſcheidet nur nahen und entfernten Verſuch. Keine Grade macht das Waadtländ. Art. 35. 36.

8) (Daher ſagt Breidenbach I. 2. S. 172. n. 2 zuviel). Ebenſo das thüringiſche Art. 23; eigenthümlich dagegen iſt dieſem die Forderung eines beend. Verſuchs in Art. 25 (Verbrechen am untaugl. Objekt). vgl. ſächſ. Art. 27.

9) fällt weg nach Geſ. 13. Aug. Art. 10.

10) Wenig erquicklich iſt die Interpretation von Leonhardt S. 164—168.

11) Breidenbach I, 2. S. 166—176.

beendigten Verſuch [1]) — (neben den ausnahmsweiſe ſtrafbaren Vorbereitungshandlungen). Das heſſiſche theilt den nichtbeendigten noch überdies in nahen und entfernten [2]). Alle beziehen den Begriff bloß auf materielle Verbrechen, da ſie vom Nichteintreten des Erfolgs [3]) ſprechen. Zugleich ſetzen ſie voraus, daß der Thäter mit tauglichen Mitteln und am tauglichen Gegenſtand operirt habe (ausgenommen das bair. und heſſiſche GB. [4]). Beides war konſequent, nachdem ſie den Begriff des beend. Verſuchs objektiv gefaßt hatten [5]). Gleichwohl hat ſich mehr oder minder die richtige Anſicht überall Bahn gemacht. Mag nämlich immerhin der Begriff des beendigten Verſuchs auf materielle Verbrechen und meiſt auch auf taugliche Verſuchsakte zu beſchränken ſein, ſo iſt doch allerſeits anerkannt, daß auch untaugliche Verſuchsakte ſtrafbar ſeien [6]), und dieſe Strafbarkeit iſt auf materielle Verbrechen keineswegs beſchränkt. In der That ſtrafen daher die neuen Geſetzgebungen den beend. Verſuch (trotz der theoretiſch unrichtigen Definition deſſelben [7]) auch bei untauglichen Verſuchshandlungen und folgeweiſe auch bei formellen Verbrechen; wenn ſie ihn aber hier ſtets gelinder ſtrafen, ſo iſt das (ſ. u.) ganz in der Ordnung. — Anders verhält ſich Alles nach dem öſtr. und preuß. GB. Beide laſſen den untauglichen Verſuch ſtraflos [8]). Dem erſteren iſt auch der Unterſchied von formellen und materiellen Verbrechen gleichgiltig.

§. 86.

Der Verſuch bildet einen geringeren Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen. Denn, wie bei der culpa (§. 67), ſo decken ſich auch beim Verſuch beide Seiten der Handlung nicht. Selbſt der beendigte Verſuch ſteht daher an rechtlicher Schuld unter dem vollendeten Verbrechen, da dem Rechte der Wille nur verfällt, inwiefern und inwieweit er ſich objektivirt hat. Von dem Anfangspunkte des Verſuchs bis zu ſeinem Endpunkte aber wächſt mit dem

1) das bad. GB. ſpricht bloß von Verſuch und beendigtem Verſuch.

2) ſ. darüber (u. über die Anomalie in Art. 76—78) Breidenbach S. 175. 176.

3) Das preuß. LR. ſagt: Wirkung, ebenſo das hannövr., ohne jedoch etwas Anderes zu meinen. ſ. auch Erachten f. Mecklenb. S. 129 ob. Hamb. Entw. 1849. Art. 27. j. 24.

4) das bair. GB. ſpricht übrigens ſolchenfalls nur vom nächſten Verſuch. vgl. Art. 57. 60. 61.

5) Dies thut auch das heſſiſche. Mit Recht behauptet indeſſen Breidenbach, daß es ſubjektiv zu interpretiren ſei, da es taugliche und untaugliche Akte gleichſtellt. Die Unrichtigkeit der bloß objektiven Auffaſſung iſt wenigſtens theilweiſe korrigirt im bad. GB. §. 107. j. 110. vgl. §. 118 und im ſächſ. Entw. Art. 38. j. 40.

6) ſ. §. 83. Anm. 4.

7) ſ. jedoch auch das bad. GB. §. 111 und das thüring. Art. 25.

8) Hye S. 333 Note. Das Preuß. GB. §. 31 nimmt zwar den Begriff des beend. Verſuchs an, aber nur in Beziehung auf mater. Verbrechen. A. M. Temme Gl. S. 97 (ſehr bequem!). Nach Goldtammer u. Beſeler wären freilich Verſuche mit relativ untauglichen Mitteln resp. am rel. untauglichen Objekt ſtrafbar, und fielen dann allerdings unter den beend. Verſuch des §. 31. Anders verhält es ſich nach dem Wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 10. Dieſes nimmt zwar den beend. Verſuch gleichfalls auf, jedoch ohne ihn auf taugliche Verſuchsakte zu beſchränken. Alle geſetzlichen Beſtimmungen über Grade und Tauglichkeit verwirft Mittermaier N. Arch. 1850. S. 114. 115. 120. 121.

Digitized by Google

Fortſchritte der That zugleich ſtetig die Schuld. Denn obwohl auch im entfernten Verſuche die darin geoffenbarte volle Abſicht das weſentlich ſtrafbare Moment bildet, ſo entwickelt ſich doch erſt mit dem Fortſchreiten der Ausführung, der Wahl und Anwendung der Mittel, der Ueberwindung der Hinderniſſe für den Handelnden ſelbſt die Intenſität ſeines Willens und fordert ſtufenweiſe — zwar nicht neue Entſchlüſſe, wohl aber eine immer größere Vertiefung des urſprünglichen verbrecheriſchen Entſchluſſes, die ſich in der fortſchreitenden Bekämpfung der dem Handelnden in der Objektivität entgegentretenden ſittlichen Mächte zeigt, während doch der Menſch auf jedem Punkte dieſes Verlaufs die Möglichkeit der entgegengeſetzten Selbſtbeſtimmung behält. — Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß ein objektiv ganz untauglicher Verſuch ſtets einen geringeren Schuldgrad bildet, als ein an ſich tauglicher. Obgleich nämlich auch eine an ſich taugliche Verſuchshandlung im konkreten Falle ſich ſtets als eine unzulängliche erweist, ſofern der Thäter in den Naturkauſalismus auf irgendwie mangelhafte Weiſe eingegriffen hat, ſo iſt jenes doch in weit höherem Grade bei den untauglichen Verſuchshandlungen der Fall. Denn, wenn nach dem Vorigen der Schuldgrad des Verſuchs im einzelnen Falle ſich nach ſeinem Abſtand von der Vollendung beſtimmt, ſo tritt eben bei den untauglichen Verſuchsakten ein andrer lezter Punkt an's Ende der Reihe, als bei den tauglichen, nämlich nicht das vollendete Verbrechen, wozu es bei jenen gar nicht kommen kann, ſondern nur der beendigte Verſuch. Auch hier hat aber die objektive Erſcheinung ihren ſubjektiven Grund darin, daß ein Wille, dem ſein Wiſſen nicht adäquat iſt, mindere Intenſität hat, als ein ſolcher, dem es adäquat iſt. N. Rev. §. 122. 124.

1) Die abſolute Strafbarkeit des Verſuchs liegt einfach darin, daß im Verſuch der verbrecheriſche Wille bereits, wenn auch nicht in ſeinem ganzen Gehalt, objektivirt, der Verſuch mithin bereits verbrecheriſche Handlung iſt. Es braucht daher auch keines beſondern Strafgeſetzes, um dieſe Strafbarkeit auszuſprechen [1]). Daß auch im Verſuch weder bloß der Wille, noch bloß die That das ſtrafbare Moment ausmache, iſt allgemein anerkannt. Das überwiegende Moment iſt aber der Wille [2]), wie ſich aus dem Begriff des Verſuchs ergiebt (§. 81.), und zwar eben nur der Wille, weil er eine prinzipielle Verletzung des Rechts beabſichtigt, nicht weil er gefährlich, gemeingefährlich u. dgl. erſchiene [3]). Der Verſuch

1) Mittermaier N. Arch. I. 169. Bauer Lb. §. 70. Lelièvre p. 269. 271. 456. A. M. Hepp Verſuche S. 283. 284. Zachariä I. §. 50. Bauer Abh. I. 344 (!). Otto S. 65—70. ſ. aber auch Luden Hdb. I. 364. 365. n. 1—3.

2) Schröter §. 79. Wächter I. S. 138. n. c. A. M. Feuerbach §. 42. n. 3. ſ. dag auch Cropp I. 17—19. Lelièvre p. 256 sq.

3) ſo nach den meiſten relativen Theorieen, was Hepp S. 287 f. und Zachariä I. §. 52 tadeln, ohne zu bemerken, daß ſie ſelbſt es nicht beſſer machen. Denn,

iſt daher auch keineswegs bloß unter die Polizeivergehen zu verweiſen[1]). Ueber das poſitive Recht ſ. o. §. 81. Anm. 1. 2.

2) Was dagegen die relative Strafbarkeit des Verſuchs betrifft, ſo liegt in der Behauptung, daß der Verſuch dem vollendeten Verbrechen gleich geſtraft werden müſſe, entweder eine ſchlechthin unzuläſſige Verwechslung des moraliſchen Standpunkts mit dem rechtlichen[2]), oder des rechtlichen mit dem polizeilichen[3]). In Deutſchland iſt die Anſicht von der geringeren Strafbarkeit des Verſuchs, mindeſtens des nicht beendigten, von jeher faſt allgemein anerkannt worden[4]), wenn auch zum Theil aus nicht richtigen Gründen. Stichhaltig ſind nur die im §. angegebenen: a) Die Unvollkommenheit auf der Thatſeite[5]). Dabei iſt es jedoch falſch, wenn behauptet wird, die Thatſeite ſei zuerſt zu beachten und nur folgeweiſe die Willensſeite[6]), — oder wenn man ſich nur überhaupt auf den Mangel am Thatbeſtand beruft[7]), — oder wenn man die geringere Gefährlichkeit, den geringeren intellektuellen Schaden zur Hauptſache macht[8]); — oder ſich bloß darauf beruft, daß die Geſetze, in denen Strafe und Schadenserſatz nicht auseinandergehalten werden können, nun einmal zur ordentlichen Strafe die Vollendung verlangen[9]). Das angegebene Moment iſt insbeſondere allein entſcheidend[10]) in Beziehung auf den beendigten Verſuch (im gewöhnlichen Sinn), für deſſen gleiche Beſtrafung mit dem vollendeten Verbrechen ſich eine große Anzahl von Rechtsgelehrten ausgeſprochen hat[11]). Freilich werden aber auch hier

---

wenn die Gemeingefährlichkeit der weſentliche Grund der Strafbarkeit ſein ſoll, ſo fehlt es an allem Grunde, den Verſuch geringer als die Vollendung zu ſtrafen, was doch jene beiden wollen.

1) ſo Martin §. 49 a. E. Auch Feuerbach ſollte dieſe Konſequenz ziehen, ſ. Stübel Thatbeſt. §. 10, überhaupt aber alle, welche den Verſuch nur als gefährliche (od. gemeingefährliche) Handlung aufzufaſſen wiſſen, mithin auch Zachariä (I. 89. n. 1). ſ. auch Cucumus N. Arch. X. 205 f.

2) ſ. z. Treilhard b. Hélie II. 10. Schröter S. 123. 124. n. 2. Luden Abh. I. 45 f. 511. ſ. dag. Wirth Ethik I. 139. Anm. Feuerbach §. 111. n. 1.

3) ſ. z. B. Filangieri IV. c. 1. Cropp p. 13 sq. (vgl. jedoch Lelièvre p. 290 sq.). Rauter Traité I. 105. 107—109.

4) Dies zeigt ſich auch noch in dem franzöſiſirenden preuß. GB. §. 32. ſ. übr. gegen den Satz des Code pén. auch Legraverend traité de legisl. crim. I. c. 2. Carnot Comment. I. 6 sq. Hélie II. 17 sq. Rossi II. c. 31.

5) Kleinſchrod I. §. 37—40. Luden Hdb. I. 379—381. Bauer Abh. I. 365. ſ. auch Carmigniani teoria II. c. 16. de Jonge II. 304. 311 (freilich wird hier meiſt die Gefährdung der Rechtsordnung u. dgl. eingemiſcht). ſ. dag. N. Rev. §. 122 i. A. S. 434.

6) Zachariä II. 53 f.

7) Wintgens p. 98 sq. (doch nicht ausſchließlich. vgl. p. 90—96). Brouwer p. 35. 36.

8) Mittermaier N. Arch. X. 541. 548. Lelièvre p. 290 sq. de Jonge II. 309. Carmigniani teoria II. c. 14—16. Hepp Verſ. S. 285. vgl. ſchon Hugo Grot. II. c. 20. §. 30.

9) ſo Henke I. 535 in Bez. auf den beend. Verſuch u. Zachariä II. 67. 68.

10) Weber N. Arch. IV. 42—46. Zachariä II. 69—73. de Jonge II. 324 sq.

11) Pufendorf de j. nat. IV. c. 3. §. 18. Filangieri l. c. Simoni I. p. 178 sq. Cremani I. c. 5. §. 5. Romagnosi §. 765. Grolman §. 89. Tittmann I. §. 98. Oerſted Grundreg. S. 163 f. vgl. Meiſter Urth. und Gutachten S. 419 f. Lelièvre p. 351 sq. Wintgens p. 101 sq.

zum Theil unstichhaltige Gründe (natürliches Gefühl, Volksstimme, Zweckmäßigkeit ꝛc.) für die richtige Ansicht beigebracht [1]). Faßt man indessen den Begriff des beendigten Versuchs in der o. a. Weise richtiger, so giebt es allerdings auch Fälle, in welchen derselbe schon von subjektiver Seite aus minder strafbar erscheint [2]). b) die mit dem Fortschreiten der Ausführung sich steigernde Intensität des verbrecherischen Willens [3]). Ueber die Entwicklung im positiven Recht und in der Doktrin von der Glosse an s. §. 81. Anm. 1. 2. [4]).

3) Hinsichtlich des Maßes für die relative Strafbarkeit des Versuchs läßt sich im Allgemeinen nicht mehr feststellen, als der Satz, daß der Versuch um so strafbarer wird, je mehr er der Vollendung sich nähert. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist auch fast allgemein anerkannt [5]). Daraus ergiebt sich denn von selbst, daß der beendigte taugliche Versuch stets strafbarer ist, als der nicht beendigte taugliche, daß es aber nicht zulässig ist, hier mit abstrakten Strafgradationen durchzugreifen [6]). Zugleich ist aus dem im §. angegebenen Grund der untaugliche Versuch als weit minder strafbar anzusehen, als der taugliche [7]).

4) Während die P.G.O. durch ihre sehr allgemein lautenden Worte [8]) die Bestimmung des Strafmaßes ganz in das richterliche Ermessen stellte, gaben bereits ältere Partikulargesetzgebungen genauere Bestimmungen, jedoch ohne die Prätension, mehr als die allgemeinsten Anhaltspunkte geben zu wollen [9]). Auch das preuß. ALR. begnügt sich noch für den beend. Versuch die nächste Strafe

---

Brouwer p. 32—35. Rossi II. c. 33. Hélie II. 27—32. s. dag. schon Thomasius (§. 81) cit. Kleinschrod a. a. O. Klein Grunds. §. 147. u. A.

1) Lelièvre p. 361. Rossi l. c. Beccaria §. 24. Zachariä II. 73—75. de Jonge II. 329. 330.

2) Hélie II. 31. 32. Berner Theiln. S. 145.

3) Wirth Ethik I. 136—139. N. Rev. S. 402—406. de Jonge II. 306. Marezoll S. 184. n. 2. Heffter §. 99. s. auch Zachariä II. 56. 81. Bauer Abh. I. 366. Allerlei andere Gründe s. b. Beccaria l. c. Lelièvre p. 316—321. Rossi II. c. 31. Hélie II. 19. 20. Anm. z. bair. GB. I. 175 f. Meister Urth. und Gutachten S. 412 f. Weber N. Arch. IV. 46. 47. Zachariä II. 60—64. Carnot. Comm. I. 6—13. de Jonge II. 312—314. Hurlebusch Beitr. H. 1. S. 72 f.

4) vgl. Zachariä II. 88—229, dessen historisches Gesammtresultat freilich nicht genügend ist. — N. Rev. S. 409. 410.

5) A. M. theils nach der Natur der Sache, theils nach der P.G.O. und den ital. Praktikern ist Luden Abh. I. 48. 49. 423—425. 510—514. Hdb. I. S. 412. vgl. Pfotenhauer S. 175. 176. s. dag. Zachariä II. 160—166 u. (bestimmter) N. Rev. S. 412—414. Heuser II. 269. Hamb. Entw. 1848. (art. 27).

6) Ueber Maxima, Minima u. dgl., zugleich über allerlei, zum Theil dem Begriff des Versuchs selbst ganz fremde Momente, behufs der Strafausmessung s. Bauer Anm. I. 393—414. Abh. I. 364—371. vgl. Zachariä I. 75—87. und Feuerbach Kritik I. 120—124. Otto S. 64. Ob ein Versuch durch Unterlassen minder strafbar sei, ist bestritten; s. Bauer Abh. I. 371. Lelièvre p. 390—392. Zachariä II. 83—85.

7) vgl. Pott, Alers b. Zach. II. 160. Not. citt. Stelzer Krit. d. Egger'schen Entw. S. 164. Escher vier Abh. S. 167. Bauer Anm. I. 411—414. N. Rev. S. 430—434.

8) s. auch preuß. LR. 1620. Tit. V. Art. 1. §. 14.

9) L.G.O. f. Oestr. u. d. Ens 1678 (beend., nicht beend., tauglicher, untaugl. Versuch ꝛc.) II. Art. 62. §. 12. Art. 65. §. 7. Art. 67. 70. §. 8. Art. 71. §. 4. Art. 72. §. 7. — Theresiana Art. 13. §. 7. C. Max. I. 12. §. 3 (von Zach. §. 236 ganz übersehen). Hier sind sogar die del. atrocissima nicht ausgenommen.

nach der poena ord., für den nächſten die nächſte nach der des beend. anzuordnen, und für den entfernten Verſuch die Anm. 3 angef. Regel aufzuſtellen [1]). Das öſtr. GB. bleibt ſogar bloß ganz allgemein bei dieſer Regel ſtehen [2]). Den ſchroffſten Gegenſatz hiezu bildet das bairiſche Art. 60. 62., welches gerade hier ſeiner Sucht, Alles normiren zu wollen, auf die verderblichſte Weiſe gehuldigt hat [3]). Dagegen begnügt ſich das ſächſ. GB. Art. 26. damit, eine verhältnißmäßig geringere Strafe (mit Maximum) vorzuſchreiben [4]). Das wirtemb. Art. 64 f. ſetzt Minima für die Strafen des beend. und des nicht beend. Verſuchs feſt [5]). Das hannövriſche (Art. 36—38) umgekehrt Maxima (und nur indirekt auch Minima) [6]). Das braunſchweigiſche §. 36 dagegen wieder nur Minima, außer bei den mit Gefängniß bedrohten Delikten (hier ein Maximum). Das heſſiſche ſetzt durchgängig Maxima, theilweiſe auch Minima feſt, und zwar nicht je beſonders für den beend. oder nicht beend. Verſuch; nur in der Regel ſoll den erſteren die härteſte Strafe treffen [7]). Das bad. ſetzt für den beend. Verſuch Minima, für den nicht beend. Maxima feſt [8]). Das thüring. Art. 24, S. 1. 2. drückt ſich wie das ſächſ. aus, ohne beend. u. nicht beend. Verſuch zu ſondern, ſetzt aber nicht Maxima, ſondern Minima feſt. — Dabei unterſcheiden ſich dieſe Geſetzgebungen inſofern, als die einen die Strafe des Verſuchs nach derjenigen bemeſſen, welche das vollendete Verbrechen in concreto getroffen haben würde [9]); die andern nach derjenigen, welche auf dem vollendeten Verbrechen in abstr. ſteht [10]). — In einigen iſt noch beſonders der Fall vorgeſehen, wenn das Geſetz die Strafe des vollendeten Verbrechens nach der Größe der dadurch bewirkten Verletzung od. Beſchädigung beſtimmt hat, dem Thäter aber eine beſtimmte Abſicht ſich nicht nachweiſen läßt; es ſoll dann nach dem bad. GB. die niedrigſte Stufe des Delikts für die Strafausmeſſung zu Grunde gelegt werden [11]) (sc. die nach der Handlungsweiſe des Thäters und den Umſtänden des konkreten Falls geringſten Falls zur Vollen-

---

1) welche hiernach für die höheren Stufen nicht gegeben iſt (!). Ueber Anomalieen bei einzelnen beſonderen Verbrechen ſ. Zachariä II. §. 238.

2) vgl. Hye S. 298—301. 333. 334. Zachariä II. 239. Breidenbach I. 2. S. 179. n. 2.

3) vgl. Arnold im N. Arch. 1843. S. 514. 515. Zachariä II. §. 240.

4) Nicht gerecht ſind die Vorwürfe von Zachariä II. §. 241 (ſoweit ſie hierher gehören), da die in Anm. 3 angef. Regel ſich wohl von ſelbſt verſteht. Dagegen ſind in der Praxis andere Mißſtände aufgetaucht. ſ. Jahrb. 1840. S. 116. 117. 230 f. Hartitzſch S. 59. 60.

5) Fällt weg nach Art. 10. d. Geſ. 13. Aug., der nur die Regel in Anm. 3 aufſtellt.

6) Ueber die mancherlei Lücken und Mißſtände des GBs. ſ. Leonhardt S. 178—187.

7) ſehr wichtig wegen der dadurch gegebenen Möglichkeit, die untaugl. Verſuche richtig zu beſtrafen. Breidenbach I. 2. S. 184. n. 1. u. überhaupt S. 177—189.

8) (ſ. jedoch Ausnahmsbeſtimmungen in §. 115. 116.) Ebenſo der ſächſ. Entw. Art. 39 und der kurheſſ. §. 98—100.

9) das ſächſ., wirtemb., hannövr., bad., thüringiſche, der kurheſſ. Entw.

10) Das bair., braunſchw. u. relativ das heſſiſche (Breidenbach I. 2. S. 180—184). ſ. auch überhaupt das Erachten für Mecklenb. 1. S. 129.

11) §. 113. ebenſo das braunſchw. §. 39, der hamb. Entw. 1848. Art. 30., der bair. Entw. Art. 40. Mit Durchſchnittsbeſtimmungen behilft ſich der ſächſ. Entw. Art. 171. 304. vgl. 48.

dung kommen konnte) [1]); andre Gesetzgebungen setzen eine Durchschnittsstrafe fest [2]); wieder andre sehen auf den Schaden, der im konkreten Falle wahrscheinlich eingetreten sein würde [3]). Die erstangef. Bestimmung ist die richtige [4]). — Von allen neueren und älteren deutschen Gesetzgebungen weicht das preuß. GB. §. 32. 33 ab, sofern es den Versuch in der Strafe der Vollendung zwar nicht ganz, aber doch insoweit gleichstellt, daß die Art und das Minimum der auf die Vollendung gesetzten Strafe nicht verlassen werden darf [5]). — Der in der Doktrin ehemals herkömmlichen, jetzt aber sogut als verschollenen [6]) Auffassung des Versuchs als eines Strafmilderungsgrunds huldigt allein noch das öst r. GB.

5) Von denjenigen neueren Gesetzgebungen, welche überhaupt die untauglichen Versuchshandlungen mit Strafe bedrohen, setzt allein das bairische [7]) für diese keine geringere Strafe fest. Dagegen thun dies die übrigen, freilich zum Theil in sehr verschiedener Weise. Nur indirekt erscheinen sie als minder strafbar im hessischen [8]) GB. Das sächs. u. thüring. GB. behandeln den Versuch am untaugl. Objekt besonders und setzen eigene (geringe) Strafen darauf [9]). Was die untauglichen Mittel betrifft, so unterscheiden beide die absolut und die bloß relativ untauglichen und erklären den Versuch mit ersteren für weniger strafbar, als den mit letzteren [10]). Ebenso das wirt. GB., nur daß es den Irrwahn nicht speziell erwähnte, übrigens auf den Versuch am untauglichen Objekte ganz dieselben Grundsätze anwandte [11]). Dagegen sind im hannövr. u. braunschw. GB. die absolut untauglichen Mittel (abgesehen vom Fall des Irrwahns) den relativ untauglichen gleichgestellt, im letzteren auch der Fall des Versuchs am untaugl. Objekt, welchen das hannövr. ganz übergeht. Uebrigens erklärt das hannövr. ausdrücklich, daß Versuch mit ganz untauglichen Mitteln in

---

1) Hufnagel I. 137. 138. vgl. Breidenbach I. 2. S. 187—189, der aber beim Diebstahl zum Theil willkührliche Behauptungen aufstellt. (Ebenso Weiß S. 145. f. aber auch S. 583. Schaffrath S. 517.)

2) Wirt. GB. Art. 67 (cessirt). s. aber Hufnagel II. 894. 895. Thüring. GB. Art. 24, 4.

3) Hannövr. GB. Art. 302 (beim Diebstahl), s. dag. Leonhardt S. 181.

4) vgl. Luden Hdb. I. 383—386, wo aber das Prinzip irrig ist und die Fälle des qualifizirten Versuchs ebenso verwirrend eingemischt als unrichtig entschieden sind.

5) außer bei Todesstrafe u. lebenslänglichem Zuchthaus. Beseler S. 146—149. Dieser Strenge nähert sich das öst r. GB., macht jedoch mehrfache Ausnahmen (Hye S. 298); desgl. das wirt. GB. 13. Aug. 1849. Art. 10, das aber den Richter ganz allgemein ermächtigt, unter das Minimum und die Art der auf das vollendete Verbrechen gesetzten Strafe herabzugehen. Hiemit stimmt der bair. Entw. Art. 39 überein. Ganz richtig ist die Bestimmung, daß bei der Herabsetzung der Strafe die Ehrenfolgen nicht wegfallen sollen. s. auch Erachten f. Mecklenb. 1. S. 130.

6) s. übrigens noch Wächter I. §. 116. n. 68. und Martin §. 56. n. 5.

7) Ueber die Praxis s. Arnold im N. Arch. 1843. S. 514. n. 2. 3.

8) arg. Art. 119. vgl. Breidenbach I. 2. S. 173. 184. n. 1. Das hess. GB. stellt wie das bair., in abstr. taugliche, relativ und absol. untaugliche Mittel, taugliche und untaugl. Objekte gleich.

9) Sächs. GB. Art. 27. Thüring. Art. 25.

10) Ausdrücklich thut dies das thüring. Art. 24, 3 (wo ein Maximum bestimmt ist); indirekt das sächs. arg. Art. 26, letzter Satz. vgl. n. 3. 4. (wird von Manchen übersehen, z. B. von Luden, Breidenbach ꝛc.) vgl. den hamb. Entw. 1848. Art. 29. (1849. Art. 28).

11) vgl. Hufn. III. 641. Die eigenthümlichen Strafgradationen des Art. 72 fallen jetzt weg.

Digitized by Google

der Strafe niedriger gehalten werden soll. Außerdem unterscheidet es sich vom braunschw. noch dadurch, daß nach ihm, wie nach dem bair., wirtemb., hessischen GB. auch ein beend. Versuch mit untauglichen Mitteln angenommen werden kann [1]), wogegen das braunschw. u. badische GB. den untauglichen Versuch stets als nichtbeendigten ansehen od. mindestens nur als solchen strafen [2]). Uebrigens erwähnt das bad. GB. der bloß relativ untauglichen Mittel nicht; es beschränkt seine Strafbestimmungen in §. 110. 111 auf schwerere Verbrechen, fordert beim Versuch am untaugl. Objekt beendigten Versuch (im gewöhnlichen Sinn) und erstreckt die betr. Bestimmung auch auf den Fall des error in obj. und der aberratio ictus.

C) Die Vollendung.

§. 87.

Schon beim Versuch behält die Thatseite, obwohl durch das Willensmoment überwogen, eine eigenthümliche Bedeutung, die sich in dem Verhalten des Willens offenbart, sofern nämlich dieser als die auf den vollen objektiven Thatbestand einer verbrecherischen Handlung gerichtete Absicht sich bestimmen muß, und sofern die Schuld im Versuche eben nur nach dem Fortschritte der äußeren Thätigkeit zu der objektiven Existenz des Verbrechens sich messen läßt. Indem nun diese wirklich eintritt, so erreicht in ihr ebenso die Absicht ihr objektives Ziel, wie sich die That nun als das erfüllte Maß des Willens darstellt. In der Vollendung stellt sich mithin das im Versuche gebrochene Ebenmaß der beiden Seiten der Handlung ebenso wieder her, wie im Begriffe der Absicht das in der culpa gebrochene (§. 69. 70. 73. 79); sie bildet daher auf der objektiven Seite die höchste Schuldform, wie die Absicht auf der subjektiven. N. Rev. §. 125—127.

1) Der herkömmliche und sehr beliebte [3]) Unterschied zwischen materialen und formalen Verbrechen hätte nur dann praktische Bedeutung, wenn es wahr wäre, daß nur erstere einen beendigten Versuch zuließen; s. dagegen §. 86 [4]). — Vollendet ist ein Verbrechen jedesmal dann, wenn das den Gegenstand desselben bildende Recht als Recht wirklich verletzt erscheint [5]). Wenn die neueren Gesetze in der Regel Vollendung dann annehmen, wenn sich bei der That alle nach dem Gesetz zum Begriff des Verbrechens gehörigen Merkmale vereinigt finden [6]), so ist

1) Art. 33 j. 40. A. M. Leonhard S. 167.

2) Bad. GB. §. 110. 111. j. 107. Ebenso sächs. Entw. Art. 40. 41.

3) s. auch wieder Baumeister Bemerk. H. 1. S. 7 ff.

4) N. Rev. S. 437—439. vgl. Luden Hdb. I. 366. n. 5. Breidenbach I. 2. S. 107. 109. Leonhardt S. 155. 156.

5) Luden S. 365. n. 4 erklärt dies für falsch, aber nur deßhalb, weil er sich unter dem Recht, um das es sich handelt, nur entweder das Gesetz oder das betr. Gut der verletzten Person vorzustellen vermag, wovon natürlich nicht die Rede ist. Das Nähere s. im bes. Theil.

6) s. z. B. Bair. GB. Art. 37. Wirt. Art. 61. Hannövr. Art. 32. Hess. Art. 63. Bad. §. 105. Thüring. Art. 22.

Digitized by Google

dies insofern ungenau, als dies auch auf kulpose Verbrechen paßt [1]), nicht aber deswegen unrichtig, weil der Begriff der Vollendung mit dem des Thatbestands verwechselt und folgeweise Versuch und Mangel am Thatbestand identifizirt würden [2]). Denn offenbar kann ja ein Verbrechen nicht vollendet werden, wenn es auch nur an einem den Gegenstand ꝛc. betr. Moment des Thatbestands fehlt. Weit bedenklicher ist der Umstand, daß die neueren Gesetzgebungen so vielfach ein vollendetes Verbrechen annehmen, wo nach der Natur der Sache bloß Versuch vorliegt [3]). —

2) Auf alle dolosen Verbrechen sind die Begriffe der Vollendung und des Versuchs anwendbar. Denn alle sind Handlungen, die in den Verlauf der Zeit fallen und ein Fortschreiten der äußeren Thätigkeit bis zu einem gewissen Punkte fordern; zugleich sind sie als Handlungen dem Naturkausalismus unterworfen, vermöge dessen der Thäter über die äußeren Umstände und Bedingungen seines Handelns nicht vollständig Herr und daher der Möglichkeit ausgesetzt ist, trotz der Absicht der Vollendung es doch nur bis zum Versuche zu bringen [4]). — Als Handlungen, bei denen das Gegentheil stattfinde, sind (außer den im Affekte begangenen Verbrechen [5]) bezeichnet worden: die Kinderaussetzung, die Unterschlagung, die Exzesse in Ausübung eines Rechts, der Hochverrath, die Majestätsbeleidigung und die Injurien [6]) (resp. die Blasphemie). Daß dies jedoch ohne Grund geschehe, ist, abgesehen von den Injurien, schon von Andern hinreichend gezeigt worden [7]), nur daß dabei in der Regel von den vorhin angef. Gründen nur der erste geltend gemacht, nicht aber auch der zweite berücksichtigt wird, so daß wesentlich nur die sogen. materiellen Verbrechen in Betracht gezogen erscheinen. Was die Injurien betrifft, so wird zwar meist richtig anerkannt, daß die schriftlichen, symbolischen und Realinjurien einen Versuch allerdings zulassen [8]), und nur die Verbalinjurien werden ausgenommen. Allein mit Unrecht, da auch hier zum Mindesten ein Versuch am untauglichen Objekt oder mit untauglichem Mittel vorkommen kann, aber auch ein tauglicher, durch Unterbrechung in der Handlung (na-

---

1) s. die braunschw. Mot. zu §. 35, welche Breidenbach I. 2. S. 111 Not. ganz mit Unrecht tadelt. vgl. Preuß. LR. §. 39.

2) vgl. Mittermaier N. Arch. I. 166. Zachariä I. §. 18. Bauer Anm. I. 364—370. Abh. I. 309—311.

3) Deshalb ist ihnen auch die ob. angef. Eintheilung so sehr gelegen. Bair. GB. Art. 38. Wirt., Hann., Hess., Bad., Thüring. a. a. O. und Sächs. Art. 25. Braunschw. §. 35. Sächs. Entw. Art. 35. s. dag. Mittermaier Fortbildung II. 28. 29.

4) N. Rev. S. 439—442.

5) s. darüber ob. §. 82. Anm. 2 und N. Rev. S. 349—352.

6) Mittermaier im N. Arch. IV. 17 f. vgl. Martin §. 49. n. 2, der den Art. 128 der P.G.O. hierherzieht. s. aber auch Cropp S. I. 50 sq. Noch viel weiter geht Brackenhöft S. 74—81. 91 f. 241 f. in wunderlich verworrener Ausführung neben manchen sehr treffenden Bemerkungen im Einzelnen.

7) Hepp Versuche S. 293 f. Zachariä I. §. 33. 43—46. Bauer Abh. I. 338—340. Breidenbach I. 2. S. 125—128. Otto S. 40—42. Die Ausnahmen, die dieser S. 35—40 macht, sind theils keine (die kulposen Delikte), theils beruhen sie nicht auf dem Begriff der betr. Verbrechen, sondern nur auf der Unsitte der neueren Gesetzgebung, die Anm. 1 a. E. erwähnt ist.

8) s. z. B. Zachariä I. §. 47. Bauer Abh. I. 338. 339. A. M. Hepp im N. Arch. 1836. S. 66—68. Breidenbach S. 128. Brackenhöft S. 241 f.

mentlich bei fortgesetzter Injurie) entstandener [1]). — Werden die eigentlichen Unterlassungsvergehen von den nur mit Unrecht sogenannten (§. 80. Anm. 1.) gehörig gesondert, so stellen sie sich allerdings als solche dar, die einen Versuch nicht zulassen, zugleich aber auch als solche, die überall nicht in die Sphäre des Strafrechts, sondern in die der Polizei gehören [2]). — Daß endlich auch bei solchen Vergehen, welche bloß auf Klage des Beschädigten (Bedrohten) bestraft werden sollen, die Annahme eines strafbaren Versuchs nicht ausgeschlossen sei, ist nicht zu bezweifeln [3]).

§. 88.

Sowie dolus und culpa selbst in Einer Handlung zusammentreffen können, ohne daß dadurch ein besondrer Schuldgrad gebildet wird (§. 76), so ist auch die ideale Konkurrenz eines versuchten mit einem vollendeten dolosen Verbrechen möglich, ohne daß damit ein besondrer Schuldgrad gegeben wäre. Uebrigens ist in diesem Fall (dem des sog. qualifizirten Versuchs) nothwendige Voraussetzung, daß nicht die zur Existenz gekommene Handlung wesentlicher Theil des Thatbestandes des versuchten Verbrechens sei, welchenfalls nur einfach Versuch vorliegt. N. Rev. §. 128.

1) Daß der Ausdruck: qualifizirter Versuch unpassend sei, ist mehrfach mit Recht bemerkt worden [4]). Ebenso auch dies, daß hier nicht selten viele Fälle eingemischt werden, die gar nicht hierher gehören, wodurch man sich jedoch nicht hat abhalten lassen, diesen Fehler selbst zu begehen [5]).

2) Insbesondre ist daher nicht bloß die Konkurrenz mehrerer Versuche, mehrerer vollendeter Verbrechen, mehrerer Erschwerungsgründe bei Einem Verbrechen, sowie die materielle Konkurrenz hier bei Seite zu lassen, da diese Fälle überall nichts Besondres haben, sondern ebenso auch die Konkurrenz eines Versuchs mit einem kulposen Erfolg, welche unter §. 75. 76. ihre Stelle findet. Vielmehr gehört hierher bloß der qualifizirte Versuch, bei welchem eben vornämlich nur das im §. Angegebene zu beachten ist. Dies ist denn auch nicht bezweifelt [6]). Dagegen ist ein bestimmter Fall bestritten, — nämlich ein bloß zu Verwundung (Körperverletzung) gediehener Tödtungsversuch. Hier nehmen einige qualifizirten Versuch an [7]) während andre mit Recht sich mit versuchter Tödtung

---

1) Dies ist hinsichtlich der Nothwehr praktisch wichtig. N. Rev S. 442. Otto S. 40. 41.

2) Ungenau sind Hepp im N. Arch. 1836. S. 32—35. Zachariä I. §. 42. Breidenbach S. 123. f. dag. Bauer Abh. I. 338. Leonhardt I. 164. N. Rev. S. 441. Brackenhöft S. 85. 89. not. 10. Menzel in der Zeitschr. der Jurist. III. 106. 108. Goldtammer I. 275. 276.

3) Breidenbach S. 124. Hufnagel III. 640. Goldtammer I. 276. Temme Gl. S. 97.

4) Hepp Versuche S. 366. Zachariä I. §. 140. Bauer Abh. I. 396.

5) Bauer a. a. O. S. 391 f. Zachariä I. §. 139 ff. Luden Hdb. I. 412 ff.

6) Oft wird es freilich ganz ignorirt. s. z. B. Henke I. §. 41. n. 3. Grolman §. 31 b. Wächter §. 85. Jarcke I. 220. ebenso noch bei Heffter, Marezoll, Mittermaier.

7) s. bes. Bauer Abh. I. 397—399. Abegg §. 97. vgl. bair. Strafgerichte I. 123. f. dag. II. 259—262.

begnügen [1]). In der That ſind die Gegengründe (ſ. Bauer) ganz unſtichhaltig. Denn der angef. Fall einer direkt beabſichtigten Körperverletzung neben bloß eventuell beabſichtigter Tödtung iſt offenbar ein ganz andrer. Daß ferner die Körperverletzung durch Verwundung nicht in abstracto weſentlicher Theil des Thatbeſtands der Tödtung ſei, iſt richtig; ebenſo gewiß aber, daß ſie es im fraglichen Falle in concreto iſt. Die Berufung auf die P.G.O. Art. 130. beruht auf einem Mißverſtändniſſe dieſes Artikels. Der einzige ſcheinbare Grund iſt der von der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs hergenommene [2]). Aber auch dieſer iſt nur ſcheinbar, da der von der völligen Tödtung des von ihm Verwundeten noch freiwillig Abſtehende eben damit, daß er den Verſuch der Tödtung aufgiebt, das bereits dolos Hervorgebrachte offenbar als ſeine That auf ſich nimmt und nehmen muß, da er es ja (als Mittel der Tödtung) gewollt hat [3]). — Andere Fragen, die hier herein gezogen zu werden pflegen, reduziren ſich auf die §. 84. Anm. 2. erörterte über den Anfangspunkt des ſtrafbaren Verſuchs. — Nur Ein Fall iſt noch beſonders hervorzuheben. Nicht ſelten unterſcheidet das Geſetz verſchiedene Grade (oder Arten) deſſelben Verbrechens in der Strafbarkeit. Hier kann ſich fragen, ob, wenn der Thäter eine höhere Stufe des Verbrechens realiſiren wollte, aber nur eine geringere realiſirte, ein qualifizirter Verſuch oder ob bloß einfach das geringere Verbrechen als vollendet angenommen werden ſoll? Mehrfach wird letzteres behauptet, und zwar ohne Unterſchied, ob der Thäter eine unbeſtimmte oder beſtimmte Abſicht hatte, ob er ſich in faktiſchem Irrthum befand oder nicht [4]). Allein mit Unrecht. Wenn behauptet wird, es komme hier darauf an, ob das Geſetz die Grade nach objektiven oder ſubjektiven Rückſichten abgeſtuft habe, ſo ſollte man doch wohl im letztern Falle es als ſelbſtverſtändlich betrachten, daß auf die Abſicht Rückſicht genommen werden müſſe; geſchieht dies nicht [5]), ſo liegt die offenbarſte contradictio in adj. vor. Wenn es ferner im erſteren geläugnet wird, ſo wird implicite behauptet, daß der Thäter wegen des hervorgebrachten Mehr auch dann beſtraft werden müſſe, wenn es ohne ſeine Abſicht hervorgebracht worden ſei [6]). Es iſt aber überhaupt eine willkührliche und verkehrte Behautung, daß das Geſetz irgendwo bloß nach objektiven Rückſichten die Strafbarkeit abſtufe [7]). Vielmehr muß vor Allem unterſchieden werden, ob

---

1) Hepp Verſuche S. 365 f. Zachariä I. §. 140. Luden a. a. O. Wenn dieſer n. 3 ſagt, in der N. Rev. ſei der Satz nur in Beziehung auf Konkurrenz von dolus und culpa ausgeſprochen, ſo iſt dies unrichtig. ſ. S. 444 und §. 124.

2) Hievon hat ſich Luden Hdb. I. 422. n. 11 beſtechen laſſen, und daher einen ſcharfſinnigen, aber unnöthigen Ausweg geſucht.

3) Unbegreiflich iſt, wie Luden dies in Abrede ziehen kann. ſ. übrigens Heſſ. GB. Art. 70. Breidenbach I, 2. S. 210. 211. Mittermaier im N. Arch. IV. 10. 11. Die falſche Anſicht ſ. im hannövr. GB. Art. 241. vgl. Erachten f. Mecklenb. 1. S. 128.

4) Mittermaier im N. Arch. IV. 11. — Zachariä I. §. 144. Luden Hdb. I. 383—386. Pfotenhauer Einfluß d. Irrth. bei verſuchten Verbrechen. S. 102. 103.

5) ſo bei Zachariä, dem Luden n. 5. gerade die entgegengeſetzte Anſicht zuſchreibt.

6) Bei doloſen Verbrechen läugnet es freilich Zachariä ebenſo richtig als inkonſequent.

7) Dies macht auch Luden n. 5. gegen Zachariä u. A. geltend, während er doch im Texte weſentlich daſſelbe behauptet. Neuere Geſetzgebungen ſtellen freilich den gedachten falſchen Satz auf. ſ. z. B. Hannövr. GB. Art. 43 (Leonhardt I. 219—221).

Digitized by Google

der Thäter in bestimmtem oder unbestimmtem dolus handelte [1]). Im letzteren Falle ist es allerdings richtig, daß nur der wirklich hervorgebrachte Grad des Verbrechens zu berücksichtigen ist. Im ersteren kommt es ferner wieder darauf an, ob der Thäter in faktischem Irrthum war oder nicht. War jenes der Fall, so kann dem Thäter, dessen Absicht auf das Geringere gerichtet war, das irrthümlich hervorgebrachte Mehr zwar möglichenfalls zur culpa, nie aber zum dolus zugerechnet werden [2]). Wenn aber die Absicht auf das Mehr gerichtet war und der Thäter dieses Mehr hervorzubringen glaubte, während er in der That nur das geringere Verbrechen hervorbrachte, so ist ein qualifizirter Versuch anzunehmen [3]). (s. §. 75. Anm. 1). Lief dagegen ein faktischer Irrthum nicht mitunter, nahm z. B. der Dieb, der weniger stehlen wollte, das Mehr wohlwissentlich mit, oder umgekehrt, so ist hier allerdings die erste Absicht als nuda cogitatio irrelevant und es kann nur das wirklich Ausgeführte in Betracht kommen [4]). — Ganz richtig werden diese Fälle in der wirtemb. u. sächsischen Praxis entschieden [5]); wogegen andre Gesetzgebungen im Fall des Diebstahls und ähnlicher Verbrechen die auf das Minder gerichtete Absicht des Thäters nicht oder wenigstens nicht gebührend berücksichtigen [6]). Eigens herausgehoben ist der Fall des qualif. Versuchs im hannövr. GB. Art. 39 [7]).

III. Das handelnde Subjekt.

§. 89.

Jede Handlung ist als solche nothwendig das Erzeugniß eines zurechnungsfähigen Subjekts, welches sie verantworten darf und muß (§. 40. 56). Dieses Kausalitätsverhältniß eines freien Subjekts zur Handlung drückt sich aus in dem Begriffe 1) der Urheberschaft, der auf alle bisher entwickelten Grade und Arten der Schuld seine Anwendung findet. Dagegen kann als Subjekt einer bestimmten Handlung Niemand angesehen werden, dessen Thätigkeit nicht irgendwie als ursächlich zur Hervorbringung der Handlung selbst

---

1) Luden freilich will von unbestimmtem dolus nichts wissen, und dies scheint die Quelle seiner unrichtigen Behauptungen zu sein.

2) Zachariä I. 277. Klien Rev. der Grundſ. über d. Diebſtahl S. 319. 333 f. Wächter §. 190. n. 65. d. A. M. Luden n. 4, der sich jedoch hier auf fast räthselhafte Weise selbst widerspricht. s. dag. auch Breidenbach I, 2. S. 102.

3) Luden meint, dies sei noch Niemand eingefallen. s. aber z. B. Bauer Abh. I. 402.** N. Rev. S. 292. 445. Pfotenhauer de del. p. error. comm. p. 32. Heffter im N. Arch. XII. 281. Lb. §. 497. Tittmann §. 387.

4) N. Rev. S. 445. 446. (theils oberflächlich, theils unrichtig ist die Entscheidung bei Berner Theilnahme S. 356 Note).

5) Hufnagel II. 312—314. III. 393—395. 695. 696. StrafGB. mit Anm. S. 317. 318. Weiß S. 585. 586. N. Jahrb. f. sächs. Strafr. IV. 496.

6) s. z. B. Anm. z. bair. GB. II. 108. Hannövr. GB. Art. 44. 298. (Bauer Anm. I. 444).

7) freilich ohne Entscheidung der dabei vorkommenden zweifelhaften Fragen. Leonhardt I. 187—191.

mitwirkend erſcheint, ſondern derſelben erſt nachfolgt. Allein jenes Verhältniß erſchöpft ſich 2) in dem Begriffe der Urheberſchaft nicht. Denn der Begriff der Handlung ſchließt eine Mehrheit zu ihrer Hervorbringung zuſammenwirkender Subjekte nicht aus. Gemäß dem Charakter des Willens überhaupt nun, der ein Dreifaches: Beſtimmen, Beſtimmtwerden, und Einheit von beidem in der Selbſtbeſtimmung enthält, ergeben ſich als die Grundverhältniſſe für die Herbeiführung einer Theilnahme Mehrerer an einer Handlung: a) daß ein Subjekt ſich dazu beſtimmt, die Handlung eines Andern bloß zu unterſtützen, mithin ihm die Beſtimmung zu überlaſſen und ſich ſelbſt relativ in das Verhältniß des Beſtimmtſeins zu ſetzen (Beihilfe), b) daß ein Subjekt ſich bloß als Beſtimmendes ſetzt, mithin behufs der Ausführung eines andern von ihm zu beſtimmenden Individuums bedarf (intellektuelle Urheberſchaft). In beiden Verhältniſſen erſcheint aber der Grundtypus des (freien) Willens, die Selbſtbeſtimmung eben inſofern als relativ gebrochen, als je das aktive und das paſſive Moment des Willens an die zuſammenhandelnden Subjekte ungleich vertheilt ſind. Daher müſſen zuſammenwirkende Subjekte nothwendig 3) eine der Freiheit völlig angemeſſene Form des Zuſammenwirkens ſuchen, welche mittelſt gegenſeitiger Durchdringung der vorhin für ſich herausgeſetzten Momente in der Miturherſchaft erreicht wird. N. Rev. §. 130 [1]).

1) Der hier im Weſentlichen beibehaltenen Darſtellung der N. Rev. iſt Unrichtigkeit im Prinzip und in der Ausführung vorgeworfen worden [2]), beides jedoch mit Unrecht. Das Prinzip ſoll falſch ſein, weil ein Subjekt durch ſeine eigenen

1) Falckner de jure complicum. Jen. H. Cocceji de socio crim. 1701. Eisenhardt de vera crim. socii not. 1750. Westphal de consortibus et adjutor. crim. 1760. Graafland quaest. quaedam de soc. crim. 1785. Stübel Thatbeſtand §. 19—95. 117—165. Derſ. Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen. Klein Grundſätze §. 138—141. Kleinſchrod Syſt. Entw. I. §. 177 f. Feuerbach Rev. II. 243 f. Kritik d. Kleinſchr. Entw. II. 125 f. Lb. §. 44—53. Grolman §. 32—38. Salchow Darſtellung I. §. 44—52. Schröter Hdb. §. 128 f. Derſted Grundr. §. 26—30. Tittmann N. Arch. II. 369 f. Mittermaier eb. III. 125 f. v. Schirach eb. III. 415 f. Borſt eb. VII. 670 f. Martin Lb. §. 72 f. Henke Hdb. I. 265 f. 525 f. Wächter §. 87—91. Jarcke I. 221 f. Wolthers de auctoribus, sociis et fautorib. 1824. Eckelund de concursu ad del. 1824. Roßhirt Entwickl. S. 229 f. Abegg Lb. §. 72 ff. Bauer Lb. §. 73 f. Anm. II. 198 f. Abh. I. 411 f. Biſini in Wagners Zeitſchr. 1833. S. 297 f. Derſ. Beiträge nr. I. Reiner in Wagners Zeitſchr. 1835. nr. 20. Tauſch Rechtsfälle S. 121 f. Meyer Verſuch einer Prüf. d. Lehre v. Thatbeſtand und Thäterſchaft. 1836. Heffter Lb. §. 77 f. Marezoll Lb. S. 116 f. Niccolini della complicita 1837. Kitka üb. d. Zuſammentreffen mehrerer Schuldigen. 1840. Rossi traité II. c. 34 sq. O. Müller de auctor. et ministr. crim. differ. 1842. Ziegler d. Theilnahme am Verbr. 1845. Hepp im N. Arch. 1846. S. 313 f. 1848. S. 262 f. Berner Lehre v. d. Theilnahme ꝛc. 1847. Bustelli sul conc. della solidarietà pen. 1844. Zachariä im N. Arch. 1850. S. 265 f. 1851 S. 209 f. Luden Hdb. I. 433 f.

2) Berner Theilnahme S. 29—33.

Metamorphosen alle Begriffe der Theilnahme realisiren müsse. Allein das Gesagte ist einfach nicht wahr, da im §. 130. für jeden, der nicht mißverstehen will, deutlich von dem Eintreten eines zweiten Subjekts die Rede ist. Uebrigens verhindert jener Tadel den Kritiker nicht, seinerseits aus zwei Stammsubjekten eine ganze Bande, einen „Staat im Staate" herauszueskamotiren. Was die Ausführung betrifft, so wird aus dem Folgenden die völlige Nichtigkeit jener gesuchten Polemik zur Genüge erhellen. Ueberhaupt aber hat der Kritiker offenbar den Nerv des Gegensatzes (der im §. noch deutlicher hervorgehoben ist) gar nicht verstanden.

2) Man spricht häufig von einem concursus necessarius, nämlich bei solchen Verbrechen, welche ihrer Natur nach gar nicht bloß von Einer Person, sondern nur von Mehreren begangen werden können, wie Duell, Incest, Ehebruch ꝛc. [1]). Hier werden die Grundsätze über den concursus facultativus natürlich nicht angewendet, weil diese nur auf die Fälle sich beziehen können, wo ein verbrecherisches Handeln durch Zutritt von Theilnehmern ohne Noth verstärkt wird [2]). Eine Ausnahme scheint der Aufruhr u. dgl. zu machen, der doch auch eine Mehrheit Zusammenhandelnder nothwendig voraussetzt, gleichwohl aber die Anwendung des Komplottbegriffs nicht ausschließt. Der Grund ist jedoch, daß der Aufruhr in Wahrheit eben nichts andres ist, als eine im Komplott begangene Widersetzung gegen die Obrigkeit.

A) Urheberschaft und Begünstigung.

§. 90.

Zur Urheberschaft gehört 1) subjektiv, daß die Handlung unmittelbar oder mittelbar aus der freien Selbstbestimmung des Subjekts hervorgehe, und, wo es sich um dolus handelt, daß dasselbe die Absicht eben als die seinige verwirklichen wolle, 2) objektiv, daß das Resultat der Handlung im Willen des Subjekts sein bestimmendes Prinzip habe, d. h. daß die Kausalität des letztern nicht durch die einer dritten, von der Handlung unabhängigen Ursache ausgeschlossen sei. N. Rev. §. 131—133.

1) Das subjektive Moment der Urheberschaft wurde in der N. Rev. ungenau dahin angegeben, daß der Handelnde bei seiner Handlung sich selbst Zweck gewesen sein müsse. Indeß war das mögliche Mißverständniß durch die Ausführung in §. 113 hinlänglich beseitigt [3]). Denn natürlich kommt es hier, wie

1) s. z. B. Stübel Thatbest. §. 21. Martin §. 72. Henke I. 278. n. 23. Bauer Abh. I. 441. Hepp im N. Arch. 1846. S. 331—333.

2) Hierin liegt der Grund, nicht darin, weil bei jenen Verbrechen „das Objekt des Verbrechens mit der mithandelnden Person identisch" ist. (Berner S. 165. 166). s. auch Abegg S. 111. Heffter §. 77. Unklar ist Zachariä im N. Arch. 1850. S. 268. 269.

3) s. auch S. 471. n. 1. Daher konnte vernünftiger Weise der N. Rev. nicht „Irrthum und ein großer Fehler" vorgeworfen werden. vgl. Berner S. 171. 172. Hepp a. a. O. S. 340. 341. Luden Hdb. I. 350. n. 3. S. 436. n. 2 (der mit Unrecht ganz mit Berner übereinzustimmen glaubt).

überall im Strafrecht, nur auf die Absicht an. Allein dieses Moment kann sich auch bloß auf den dolosen Urheber beziehen [1]), während es für den kulposen an der einfachen Bestimmung genügt, daß die Handlung aus seiner freien Selbstbestimmung hervorgegangen sein müsse. — Gänzlich verkannt, ja absichtlich abgewiesen war das subjektive Moment in Stübels erster Ausführung, wo das Prinzip aufgestellt war, daß Urheber jeder sei, in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liege [2]). Von dieser gänzlichen Abstraktion von der Subjektivität ist er jedoch in seiner späteren Schrift zurückgekommen, indem er zwar immer noch (für die Regel wenigstens) die Nothwendigkeit der Absicht läugnete, dagegen das Erforderniß der freien Selbstbestimmung anerkannte [3]). Der dolosen Urheberschaft ist er hiemit nicht gerecht geworden und die Ausführung über die Theilnahme ist eben deshalb mangelhaft geblieben. Allein es war ein ganz richtiger Takt, wenn sich Stübel hier namentlich mit durch die Rücksicht auf den kulposen Urheber leiten ließ [4]), wenngleich er weit über die erforderliche Rücksicht hinausgieng. — Neuerdings abstrahirt auch Luden [5]) von dem subjektiven Momente, jedoch in unklarer und widerspruchsvoller Weise, da er behauptet, das Wesen der Urheberschaft liege bloß in der objektiven Beschaffenheit der Handlung, gleichwohl aber wiederholt sagt, es handle sich um den Kausalzusammenhang der Handlung mit der gewollten verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt.

2) Das objektive Moment ist im §. so bestimmt, daß auch die Urheberschaft des Versuchs darunter fällt [6]). Nur macht die Bestimmung desselben hier keine Schwierigkeiten, wie sie da eintreten, wo der Abschluß einer Handlung in einem Erfolge in Frage steht. In dieser Beziehung war die Kritik Stübels [7]) von großem Verdienste, indem er darauf drang, daß man den Urheber nicht als nothwendige Ursache der verbrecherischen Existenz prädiziren dürfe [8]). Auch war es ebensowenig richtig, wenn Feuerbach, Tittmann, Martin u. A. [9]), an die Stelle der nothwendigen Ursache andre Bezeichnungen: wie hinreichende, vorzügliche, in concreto unentbehrliche Ursache setzten, da alle diese zu schiefen Konsequenzen, namentlich in der Lehre von der Theilnahme führen [10]). Uebrigens war

---

1) Dies sieht Berner a. a. O. nicht ein; s. auch S. 173. ob. Er bestimmt daher den Begriff falsch. vgl. Hepp S. 338. 356. u. bes. Abegg §. 73. Anm.

2) s. dagegen N. Rev. S. 451. 452. vgl. Bauer Abh. I. 414—421 (oberflächlich).

3) Stübel Theilnahme §. 13. 26. Hiernach ist das in der N. Rev. Gesagte zu berichtigen. Auch Berner S. 181—190 hat dies nicht richtig dargestellt.

4) §. 13. 15. 34. 50. u. s. f. s. auch Leonhardt I. 240.

5) Hdb. I. 348 ff. Sehr wunderlich ist die ganze Definition: Urheberschaft sei „diejenige verbrecherische Handlung, welche ꝛc. ꝛc.". Dieselbe Einseitigkeit s. bei Ziegler S. 20—34, und neuerdings zum Theil bei Krug N. sächs. Jahrb. VIII, 247 ff.

6) s. auch Bauer §. 73. 75. Luden a. a. O. n. 2. 4. Gewöhnlich wird dagegen der Begriff der Urheberschaft nur auf das vollendete Verbrechen bezogen. s. z. B. Feuerbach §. 44, Abegg §. 73, Marezoll S. 120. 121. Sehr verfehlt war die Belehrung Berners S. 205. der N. Rev. §. 132 gegenüber.

7) Thatbestand §. 34. 71—95. 117—165. Theilnahme §. 29—34.

8) So war es noch von Kleinschrod I. §. 177 geschehen.

9) s. auch Roßhirt Entw. S. 262—265.

10) Auch Luden S. 352—363 begnügt sich noch einfach von Kausalzusammenhang zu reden, ohne nähere Rechenschaft zu geben. vgl. S. 335. 336.

die Begründung von Stübel durchaus irrig, ſofern er ſelbſt mit Kategorieen ſchaltete, die in der Sphäre der Endlichkeit unbrauchbar ſind [1]). In dieſer Sphäre kann nämlich von einer abſoluten Urſache überall nicht die Rede ſein. Vielmehr ſetzt jede Handlung, um ihre Wirkung zu erreichen, eine Reihe äußerer Umſtände und Bedingungen als Nebenurſachen voraus, und nur die Summe aller ſubjektiven und objektiven Bedingungen zuſammen kann als die in concreto nothwendige Urſache der Wirkung bezeichnet werden. Deshalb genügt es, wenn nur die anderweitigen Bedingungen ſchließlich durch die Handlung beſtimmt erſcheinen, wenn hiemit die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden unmittelbar oder mittelbar als auf ihr beſtimmendes Prinzip zurückgeführt werden muß. — Die von Stübel verfochtenen Grundſätze (ſoweit ſie zunächſt die unmittelbare Urheberſchaft betreffen) ſind übrigens neuerdings in Doktrin und Geſetzgebung [2]) allgemein anerkannt. Auffallend iſt jedoch, daß trotzdem (aus Mißverſtändniß einer Stelle ad leg. Aquil.) Wächter [3]) auch dann Urheberſchaft vollendeter Tödtung annimmt, wenn die Verletzung den Tod bloß herbeigeführt haben würde, falls er nicht durch eine von der Handlung unabhängige Urſache zeitiger bewirkt worden wäre, — eine irrige Anſicht, die für den Fall, wo der Tod durch die von einem Andern zugefügte Verwundung bewirkt wurde, auch in das Wirt. GB. [4]) übergegangen iſt.

3) Wie in den Begriffen, ſo herrſcht auch im Sprachgebrauch dieſer Sphäre in der neueren Wiſſenſchaft und Geſetzgebung großer Wirrwar, beſonders infolge der Unſitte des Eintheilens ohne innere Entwicklung der Begriffe. Namentlich wird der einfachen Urheberſchaft mehrfach dieſe Bezeichnung abgeſtritten und vielmehr der Anſtiftung vindizirt, wogegen der einfache Urheber: Thäter, Verbrecher, des beſtimmten Vergehens Schuldiger ꝛc. heißen ſoll [5]). Abgeſehen von

---

1) N. Rev. S. 454—461. Ebenſo Berner S. 190—192. Neue ſächſ. Mot. z. Art. 36. Unklar iſt die Bem. von Krug a. a. O. S. 260. Note.

2) Wirt. GB. Art. 56. nr. 2 (jetzt ausgefallen). Hufnagel I. 113—115. Breidenbach II. 2. S. 33. 34. 74—77. Gewöhnlich wird es übrigens nur bei Gelegenheit der Tödtung ausgeſprochen. Bair. GB. Art. 143. 144. Sächſ. Art. 120 (wo jedoch die durch die Handlung in Wirkſamkeit geſetzten Zwiſchenurſachen weggeblieben ſind). Wirt. Art. 235, 2. Hannövr. Art. 226. Braunſchw. §. 154. Heſſ. Art. 251. Bad. 204. Thüring. Art. 118. Allgemein ſpricht das richtige Prinzip aus der ſächſ. Entw. Art. 36.

3) Lb. II. S. 125. ſ. dag. Heffter §. 231. n. 7. Marezoll S. 345. n. 1. Luden Abh. II. 262—288. N. Rev. S. 461—464. Breidenbach I. 2. S. 76.

4) Art. 235, 1. vgl. Hufnagel II. 4. 5. ſ. dag. Braunſchw. Mot. (Breym. S. 277).

5) Stübel Theilnahme §. 12. Mittermaier N. Arch. III. 125. 126. Kitka S. 1 ff. Heffter §. 83. Henke I. 286. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 7. n. 12. Hepp eb. 1846. S. 334 f. Zachariä eb. 1850. S. 271. (Dieſer nennt die gewöhnliche Bezeichnung lächerlich.) ſ. dag. Bauer Anm. II. 203—205. Luden Abh. II. 341. n. 1. Berner S. 206 u. beſ. Breidenbach I. 2. S. 233. 234. — Das preuß. LR. nahm Urheberſchaft in dem abſtrakt objektiven (Stübel'ſchen) Sinn. Das öſtr. GB. § 5. nennt den unmittelbaren (phyſiſchen) Urheber: Thäter (vgl. Geſ. üb. Gefällsübertr. §. 19). ſ. jed. §. 44. 84. Hye S. 226. 227. ebenſo das preuſſ. §. 35—38. Der Code p. art. 59 nennt ihn auteur. Das braunſchw. GB. §. 41. Urheber. Ganz vermieden iſt der Ausdruck Urheber im ſächſ. und thüringiſchen GB.

dieſer bloßen Wortklauberei waren allerdings gegen die Feuerbachiſche Terminologie mehrfache Ausſtellungen zu machen; a) war es durchaus unangemeſſen, wenn dem unmittelbaren Urheber unter dem Namen mittelbarer Urheber nicht bloß der intellektuelle Urheber, ſondern auch eine Art von Gehilfen (der Hauptgehilfe) beigeſellt wurde [1]); b) war es (worin übrigens die meiſten Kriminaliſten dem Beiſpiele Feuerbachs gefolgt ſind) unrichtig, den unmittelbaren Urheber mit dem phyſiſchen Urheber zu identifiziren, da man auch durch intellektuelle Thätigkeit einfacher Urheber werden kann, indem man ein andres Individuum als willenloſes Werkzeug gebraucht (ſ. unten) [2]). Allein ebenſo unrichtig iſt es, wenn manche Neueren umgekehrt den Begriff des Urhebers auf Fälle nicht anwenden wollen, die ohne Zweifel (wie das Weitere ergeben wird) darunter fallen, z. B. auf den Anſtifter und den von ihm angeſtifteten Thäter ꝛc. [3]).

4) Was das gemeine Recht betrifft, ſo leidet es keinen Zweifel, daß das römiſche zur kulpoſen und doloſen Urheberſchaft freie Selbſtbeſtimmung gefordert hat, wogegen die nähere ſubjektive Beſtimmung des doloſen Urhebers, wie ſie der §. angiebt, als techniſches Moment dem römiſchen Rechte fremd iſt (ſ. unten), weil ſie nur zur Unterſcheidung des Urhebers vom Gehilfen dient. Das objektive Moment iſt dagegen im römiſchen Rechte zwar für den kulpoſen, nicht aber auch für den doloſen Urheber anerkannt, weil es für dieſen an dem irgendwie äußerlich bethätigten dolus genügte. Eben wegen der Grundanſicht über die regelmäßig gleiche Strafbarkeit aller Theilnehmer iſt auch im röm. Recht keine ſcharfe techniſche Unterſcheidung der einzelnen Betheiligungsformen zu ſuchen [4]), wenn auch allerdings in der Kaiſerzeit einzelne Schritte hiezu gemacht wurden. Der unmittelbare Urheber heißt ſelten auctor [5]), gewöhnlich factor, reus principalis, reus, oder raptor, percussor u. dgl., auch qui fecit, manibus suis fecit [6]). Allein das facere wurde auch in weiterem Sinne genommen, ſo daß es den Anſtifter und überhaupt jeden, der causam praebet, in ſich begriff [7]). — Im germani-

---

1) Dieſe Terminologie iſt angenommen im Bair. GB. Art. 45. Luzern Art. 43. nicht aber auch im Wirtemb. Art. 75, wie Mittermaier n. 2. z. F. §. 44. andeutet. Dieſes (Art. 74) und das Hannöver. Art. 53 nennen Urheber nur den phyſiſchen Urheber und den Anſtifter, — womit eine Lücke für den Fall entſteht, wo einer den andern zur Begehung einer Handlung beſtimmt hat, welche nur dem erſteren, nicht aber dem letzteren als Verbrechen zur Laſt fällt. Dieſen Fehler vermeiden das heſſ. GB. Art. 71 und das badiſche §. 119 (Breidenbach I. 2. S. 231), dagegen leiden daran auch das öſtr. und preuß. GB. vgl. Goldtammer I. 300—302.

2) Hefftter §. 79. Luden Abh. II. 333 f. Hdb. I. 356—358. N. Rev. S. 510—513. vgl. auch ſchon Oerſted Grundr. S. 183—186. Marezoll S. 125. n. 1. und jetzt Zachariä im N. Arch. 1850. S. 273—279 (der ſeine Vorgänger unerwähnt läßt). Die meiſten neueren Geſetzgebungen (ſ. die vor. Note) ſtellen einen ſolchen Urheber ganz irrthümlich in die Kategorie der Anſtifter.

3) ſ. z. B. Hepp N. Arch. 1846. S. 357—359.

4) Viel zu weit geht daher Birnbaum im N. Arch. 1842. S. 1—60. ſ. Rein S. 184 Note a. E.

5) L. 22. C. de poen. (9. 47). ſ. übr. Birnbaum S. 24. n. 50.

6) Paul. V, 14, 1. 29, 2. L. 1 §. 21 D. de Scto. Silan. (29. 5). l. 7 D. de cust. (48. 3). l. 6 §. 8 D. de R. M. (49. 16). l. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 7 §. 5 D. de jurisd. (2. 1). l. 1 C. de fals. mon. (9. 24). l. 5 C. da accus. (9. 2). Birnbaum S. 17. 18.

7) L. 4 §. 14 D. de vi bon. rapt. (47. 8). l. 12 D. ad l. Jul. de adult.

ſchen Recht wird die Bezeichnung für den einfachen Urheber eben nur von der begangenen Handlung hergenommen (raptor u. dgl.),[1]) während auctor facti den anführenden Anſtifter bedeutet[2]). — Ebenſo in der P.G.O. (Falſchſchwörer, Miſſethäter)[3]). — Die italieniſchen Juriſten des MAs. hatten ſich im Sprachgebrauch noch weſentlich an das römiſche Recht angeſchloſſen[4]).

§. 91.

Da zum Begriff der Theilnahme an der Handlung weſentlich die Beförderung, die Mithervorbringung derſelben gehört, ſo fällt darunter nicht die Begünſtigung des Verbrechens, d. h. die erſt nach vollendetem und in ſeinem Erfolg entwickelten Verbrechen eintretende, nicht zuvor verſprochene Beiſtandleiſtung. Die dahin gehörigen, namentlich in Sicherung der Perſon des Verbrechers oder Sicherung, resp. Theilung der Vortheile aus dem Verbrechen beſtehenden Akte ſchließen die Kauſalität in Beziehung, wenn auch nicht eine Beziehung überhaupt auf das beſtimmte Verbrechen aus und bilden daher keine Art der Theilnahme, ſondern ein eigenes Verbrechen, das übrigens eine acceſſoriſche Eigenſchaft hinſichtlich des Hauptverbrechens hat. Jedenfalls gehören dazu poſitive Handlungen, während negative Begünſtigung (ſie wäre denn vorher zugeſagt) überall das Strafrecht nichts angeht. N. Rev. §. 136[5]).

1) Nur wenige zählen neuerdings noch die Begünſtigung überhaupt zur Theilnahme am Verbrechen[6]). Die richtige Anſicht, wenn auch weder beſtimmt formulirt, noch ohne Irrthümer im Einzelnen, z. B. hinſichtlich vorher zugeſagter Begünſtigung, findet ſich ſchon bei den italieniſchen Praktikern, und mit Beziehung auf ſie bei Carpzov wenigſtens inſofern, als ſie die Begünſtigung von der eigentlichen Theilnahme als ein delictum non causam dans unter-

---

(48. 5). vgl. l. 15 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 7 §. 6 D. ad l. Aqu. (9. 2) Birnbaum S. 22. n. 47. S. 24. n. 51. 52 (?) S. 34. Die l. 7 §. 6. cit. erwähnt namentlich den, qui furenti gladium porrexit.

1) L. Sal. em. XIV §. 4. Aelfreds Geſ. VI. c. 18. L. Rip. 34. Actor, factor mali in den Stat. von Neumarkt 1235. §. 10. 13. (Tſchoppe und Stenzel. S. 294.)

2) L. Rip. 61. Capit. Car. M. 805. c. 10. (P. I. p. 133).

3) Art. 107. 177.

4) Birnbaum S. 26—37.

5) ſ. überhaupt Püttmann, de receptatoribus (Adv. j. univ. Lib. II. i. f.) Momaerts de fautorib. crim. 1827. Ulens de crim. fautor. 1827. Sander im N. Arch. 1838. S. 431 f. 1839. S. 248 f. 396 f. Held N. Jahrb. f. ſächſ. Strafr. IV. 138 f.

6) Stübel Thatbeſtand §. 40. Grolman §. 35. (Dieſe nehmen ſogar eine Begünſtigung vor der That an.) Feuerbach §. 53. Wächter §. 91. Jarcke I. 231 f. (Dieſe beiden, wie Grolman, der jedoch in einem Theil der betreffenden Akte ein bloßes Polizivergehen erkennt.) Abegg §. 76. f. aber S. 111 u. §. 461. Heffter §. 84. n. 6. vgl. §. 532. Roßhirt Lb. §. 33. Entw. §. 44. Birnbaum a. a. O. S. 45 f. Eigenthümlich beſtimmt die Begünſtigung Schröter §. 131. 132. Auch Ziegler S. 55. n. 1. S. 61. n. 1. nimmt Beg. vor der That an.

schieden und in der Regel geringer bestraft wissen wollten [1]). Dagegen blieb es herkömmlich, sie als nachfolgende Theilnahme (Beihilfe) aufzuführen [2]), (wobei übrigens die Italiener in Gemäßheit des röm. Rechts wenigstens die receptatio furum et latronum als eigenthümliches Vergehen behandelten. Indessen ist neuerdings diese Terminologie mit Recht als fehlerhaft bezeichnet und die Abtrennung der Begünstigung von den Fällen der Theilnahme gefordert worden [3]); jedoch mit Ausnahme der vorher versprochenen oder gewerbsmäßig geleisteten Begünstigung [4]), sowie einer solchen Thätigkeit, welche den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolgs befördert [5]), da in allen diesen Fällen nicht bloße Begünstigung, sondern wahre Theilnahme, d. h. Mitwirkung zur Hervorbringung des Verbrechens vorliegt. Uebrigens ist man hiebei nicht immer gleich weit gegangen. Mehrere haben die Begünstigung überhaupt für ein eigenes Polizeiverbrechen, resp. ein eigenes Verbrechen gegen die Rechtspflege erklärt [6]), so zwar daß auch in der Strafe jede Beziehung auf das begangene Hauptverbrechen abgeschnitten sein soll. Dagegen haben Andre mit Recht zwar allerdings gleichfalls in der Begünstigung ein delictum sui generis erkannt, ohne jedoch ihre accessorische Natur deshalb in Abrede zu stellen [7]).

2) Werden nun die zur Theilnahme am Verbrechen gehörenden Fälle gebührend ausgeschieden, so ergeben sich als die den Begriff der Begünstigung konstituirenden Momente folgende: 1) Kenntniß von dem verübten Hauptverbre-

---

1) Gandinus de malef. Tit. de homicid. Clarus §. fin. qu. 90. n. 9. Farinac. qu. 132. 133. und die dort Citt. Carpzov qu. 87. n. 36 sq. qu. 134. n. 37 sq. Die Italiener machten freilich hinsichtlich der milderen Bestrafung noch außer der receptatio latronum allerlei Ausnahmen.

2) s. z. B. Püttmann Elem. §. 50. Kleinschrod I. §. 206. Tittmann I. §. 101. Schröter §. 140. Bauer Abh. I. 464 f. Oersted Grundreg. S. 196 f.

3) Böhmer Med. ad art. 177. §. 1. 9. Klein Grundsätze §. 138—141. Stübel Theilnahme §. 35. 36. Henke I. §. 43. Martin §. 73. 244. Marezoll S. 127. 128. Schröter §. 144 (hinsichtlich der Begünstigung der Person des Verbrechers). Mittermaier n. 1. 2. z. F. §. 53. Luden Hdb. I. 451—453. Sander a. a. O. Berner S. 6. 7. Zachariä N. Arch. 1850. S. 269. s. auch Platner eb. 1843. S. 170. 171.

4) A. M. Stübel §. 36. s. aber N. Rev. S. 479. 480.

5) Henke a. a. O. Stübel Theiln. §. 35. Tittmann I. §. 110. Luden I. S. 453. n. 4. Berner S. 167. 168. Sander N. Arch. 1838. S. 457 f. vgl. Bauer Abh. I. 468—470. Ziegler S. 26. n. 1. Zu weit gehen Oersted und Mittermaier a. a. O., besonders aber Schröter §. 144, da hiernach wahre Theilnehmer unter die Begünstiger zu stehen kommen. Ebenso auch Sander 1839. S. 258 f. s. dag. Leonhardt I. 308. 309., wogegen Breidenbach I. 2. S. 394—396 noch weiter, als Sander, geht! Hufnagel III. 641. Goldtammer I. 340. 341 (der 2te Fall ist nur Begünstigung, auch nach natürlichem Gefühl).

6) Böhmer l. c. Martin, Henke (unbestimmt) a. a. O. s. auch schon Klein a. a. O. (gleichfalls unbestimmt). Stübel Theilnahme §. 36 (s. übr. S. 127). Marezoll S. 191—193 (schwankend). Schröter §. 144 (mit den angef. Modifikationen) Mittermaier n. 2. z. F. §. 53. Schüler Beitr. z. sächs. GB. S. 40. Berner S. 6 (s. aber S. 7). Müller Strafprozeß. §. 127. n. 25.

7) Sander a. a. O. 1838. S. 443 f. (vgl. Bauer a. a. O. S. 483. 484.) N. Rev. S. 479. n. 3. Luden Hdb. I. 453. Held a. a. O. S. 140. s. auch die praktische Warnung bei Breidenbach I, 2. S. 405. (vgl. Held S. 146. 147). Preuß. Regier. b. Goldtammer I. 339. Bair. Mot. z. Art. 49.

chen [1]), wobei es auf das Maß der Kenntniß ankommt, welche der Begünſtiger wirklich hat. 2) Vollendetſein des Hauptverbrechens ohne irgend welche Mitwirkung des Begünſtigers, resp. Vorliegen eines ebenſo zu Stande gekommenen Verſuchs, welchenfalls dann natürlich die Thätigkeit des Begünſtigers nicht in der Herbeiführung der vorerſt verfehlten Wirkung des Hauptverbrechens beſtehen darf [2]). 3) Eine Thätigkeit, welche dem Verbrechen in Beziehung auf den Verbrecher oder auf den Erfolg des Verbrechens Vorſchub leiſtet, indem ſie darauf gerichtet iſt, entweder die gerichtliche Einſchreitung und Beſtrafung zu vereiteln, oder die vom Thäter beabſichtigten Folgen des Verbrechens zu befördern oder überdies noch an den widerrechtlichen Vortheilen aus dem Verbrechen Theil zu nehmen [3]). 4) Abſichtlichkeit ſolcher Thätigkeit [4]). — Wo durch die Begünſtigung eine Dienſtpflicht verletzt wird, da liegt ein eigenthümliches Dienſtverbrechen vor [5]). — Bloße Genehmigung eines von einem Andern vollendeten Verbrechens kann nicht unter die Begünſtigung gezählt werden, da darin keine Förderung dieſes Verbrechens liegt [6]). Anders, wenn ſie ſelbſt ein Verbrechen involvirt, wie Genehmigung einer Injurie [7]), oder in Anſtiftung ausartet. — Die in Anm. 1) ausgeſchiedene gewerbsmäßige Begünſtigung verdient in der That dieſen Namen gar nicht, da ſie eben durch ihre jedes beliebige Verbrechen der beſtimmten Art befördernde Eigenſchaft in Beihilfe übergeht [8]). Sie verdient aber, da ſie ebenſowenig der einfachen Beihilfe gleichſteht, eine beſondere Heraushebung, und zwar nicht bloß in Form der Kuppelei und Hehlerei (Parthiererei), ſondern allgemein [9]). — Was insbeſondere die Theilnahme an den Vortheilen aus dem Verbrechen eines Andern betrifft, ſo fällt ſie nach 3) unter den Begriff der Be-

---

1) Sander N. Arch. 1839. S. 257. Bauer Abh. I. 473. Das unter b) Angef. iſt überflüſſig. Goldtammer I. 341 f. 338.

2) Sander eb. S. 258—263. 274. (theilweiſe unrichtig) Bauer a. a. O. S. 468—470.

3) Sander eb. S. 263—275. Bauer S. 476. 477. Mit Unrecht nimmt dieſer S. 471. 472 auch Unterlaſſungshandlungen auf. Die angef. Beiſpiele enthalten entweder eigenthümliche Dienſtverbrechen oder bloße Polizeivergehen. Sander 1838. S. 439. Die von dieſem S. 273 hinſichtlich der Münzfälſchung gemachte Ausnahme iſt keine; hier liegt nur eine beſonders ſtrafbare Art der Begünſtigung vor. Tittmann I. §. 110.

4) vgl. Bauer S. 474. n.*. Die Motive haben nur auf das Maß der Strafbarkeit Einfluß. Goldtammer I. 341. Sog. kulpoſe Begünſtigung kann nur in Form eines Polizeivergehens ſtrafbar gemacht werden. ſ. z. B. Oldenburg. GB. Art. 96.

5) Hier kann dann allerdings die Thätigkeit auch in einem Unterlaſſen beſtehen.

6) A. M. Tittmann I. §. 110, der indeſſen doch darin nur eine Aeußerung gefährlicher Geſinnungen erblickt (übrigens mit Unrecht auf Leyser Sp. 113, med. 6. — ſ. auch Corr. 1 — ſich beruft). ſ. dag. Bauer S. 477. 478. Schröter §. 139. Luden Abh. II. 253—255. und unten. Roßhirt Entw. S. 248.

7) Kleinſchrod I. §. 184 (von Tittmann mit Unrecht als A. M. angeführt).

8) Klein Grundſätze §. 141. Oerſted Grundr. S. 197. Henke I. §. 43. Bauer Abh. I. 466. 467. Sander a. a. O. 1839. S. 403 f. (Ueber die richtige Bezeichnung läßt ſich allerdings ſtreiten.) Luden Hdb. I. 445. n. 6.

9) A. M. Sander a. a. O. Dollmann krit. Ueberſchau I. 176. Allein es giebt auch gewerbsmäßige Begünſtiger anderer Verbrechen, z. B. der Abtreibung der Leibesfrucht ꝛc.

günſtigung, ſofern ſie die Förderung des Verbrechens involvirt [1]). Gieng ein Einverſtändniß vor der That vorher, ſo iſt Beihilfe anzunehmen, falls in dieſem Einverſtändniß eine Zuſage der Nichthinderung oder Nichtanzeige gefunden werden kann [2]). — In keinem Falle dürfen bloße Unterlaſſungen unter den Begriff der Begünſtigung geſtellt werden, die Nichthinderung eines erſt bevorſtehenden Verbrechens ſchon deshalb nicht, weil ſie, wenn ſie ſtrafbar ſein ſoll, zur Theilnahme gerechnet werden muß [3]), aber auch nicht die Nichtanzeige eines bereit begangenen Verbrechens, wo nicht Anzeige durch eine Dienſtpflicht geboten iſt, da eine allgemeine Rechtspflicht hiezu nicht beſteht [4]).

3) Zur Zeit der quaestiones perpetuae findet ſich im römiſchen Recht [5]) nur ausnahmsweiſe eine Beſtrafung von Begünſtigungshandlungen, nämlich beim furtum [6]), wo ſich die Sache aus der Natur des Privatſtrafrechts erklärt, und bei dem Senatusconsultum gegen die Bacchanalien [7]). Im Kreiſe des öffentlichen Strafrechts tritt Beſtrafung der Begünſtigung erſt zur Kaiſerzeit hervor. Hierher ſind jedoch die auf die Aufnahme und Verbergung eines servus fugitivus bezüglichen Beſtimmungen nicht zu rechnen, weil dieſe Akte nach Analogie des Diebhehlens als Mitwirkung zum Verbrechen angeſehen wurden [8]); noch viel weniger wahre Gehilfenakte, wie bei den susceptores aleatorum u. dgl. [9]). — Wohl aber gehören hierher eine Reihe von Beſtimmungen, die ſich auf die Begünſtigung als

---

1) Sauber 1838. S. 440—443. Kitka S. 78. 129. Eigenthümlich iſt nur, daß K. dies allein unter Begünſtigung verſteht. Unverſtändlich iſt die Polemik von Berner S. 6. Zu allgemein iſt die entgegengeſetzte Behauptung von Temme Krit. d. preuß. Entw. 1843. S. 112, unnöthig ſchwankend die von Hufnagel III. 99—101. 122. 123. (vgl. StrafGB. m. Anm. S. 494 unt.).

2) N. Rev. S. 481. vgl. Goldtammer I. 283. 290. 291. 295. 342. Beſeler S. 169. 170.

3) A. M. Grolman, Stübel, Wächter, Jarcke ſ. o. Quiſtorp §. 62. Tittmann §. 111. f. dag. Bauer Abh. I. 465.

4) ſ. ſchon Quiſtorp a. a. O. Tittmann § 112. Bauer I. 471. 472. (welcher jedoch willkührliche Ausnahmen macht). A. M. Oerſted Grundreg. §. 30. Breidenbach I. 1. S. 419. 420. ſ. dag. Kleinſchrod I. §. 206. Borſt a. a. O. S. 685 f. Henke I. 282. Schröter §. 145. Berner S. 232. N. Rev. S. 481. Auch neuerdings wird oft noch die Nichtanzeige begangener Verbrechen mit der Nichthinderung bevorſtehender mit Unrecht vermiſcht. ſ. z. B. Heffter §. 84 a. E. Marezoll S. 128. 129. Luden Hdb. I. 217 f. Hepp N. Arch. 1849. S. 135 f.

5) Püttmann l. c. Birnbaum a. a. O. S. 45 f. Platner quaest. p. 386—390. Derſ. im N. Arch. 1843. S. 170 f. Rein S. 201. 202. 346 f. Roßhirt Entw. S. 275. 276.

6) Gaj. III. 186. §. 4 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). L. 48 §. 1. 3 D. de furt. (47. 2). l. 1 pr. D. de fugit. (11. 4). l. 11 §. 2 D. de serv. corr. (11. 3).

7) Liv. 39, 17. Was Roßhirt S. 276 ob., Rein S. 348. 349 weiter anführen, iſt theils willkührlich, theils gehört es nicht hierher, wie denn beſ. Rein hinſichtlich des Begriffs der Begünſtigung ſehr ſchwankend iſt.

8) L. 6 §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). Coll. 14. §. 3. L. 5 C. h. t. (9. 20). Mit Unrecht dagegen ſtellt Platner S. 175 auch die Verbergung der desertores hierher. ſ. l. 7 C. Th. de desert. (7. 18).

9) L. 1 D. de aleator. (11. 5). l. 3 C. de incest. nupt. (5. 5) l. 8. C. de paganis (1. 11). l. 8 C. de haeret. (1. 5). A. M. Birnbaum. ſ. jed. Platner S. 173. 174. Roßhirt S. 276. Ein eigenes Verbrechen war die Aufnahme eines aquae et igni interdictus.

ſolche und zwar nach allen in Anm. 2) angef. Richtungen beziehen [1]). Es wurde daraus in der Kaiſerzeit ein eigenes crimen extraordinarium gebildet. Indeſſen war es nicht gerade nöthig, die Schuldigen in einem beſondern Prozeſſe abzuurtheilen; ſie konnten mit den Hauptſchuldigen zuſammen prozeſſirt werden [2]), wie ſie denn auch in vielen Fällen der Strafe des Hauptverbrechens unterlagen. Nur folgt aus dem Letzteren nicht, daß man die Begünſtiger unter die Theilnehmer (Mitſchuldigen) gezählt hätte, auch wenn ſie nicht vorher ſchon ihre Mitwirkung zugeſagt hatten [3]). Die Strafe des Hauptverbrechens trifft die receptores (abgeſehen vom furtum) beim Raub, falls die Begünſtigung des Verbrechers oder des Verbrechens gegen Geld oder einen Antheil am Gewinn ſtattgefunden hat [4]), ohne daß gerade gewerbsmäßige Begünſtigung gefordert würde [5]), und ohne daß die Androhung der Strafe des Hauptverbrechens auf alle Fälle der eigennützigen Begünſtigung ausgedehnt werden dürfte [6]). Nur beim Peculat wird noch die Hauptſtrafe gedroht [7]). Eine mildere dagegen bei der Aufnahme von abigei, desertores, raptores, fliehender Feinde, ſowie von latrones dann [8]), wenn die Begünſtigung nicht um Gewinns willen geleiſtet worden war [9]). Ein beſondrer Milderungsgrund lag im Verwandtſchaftsverhältniß [10]). — Im germaniſchen Recht findet ſich eine ſtrenge Anſicht über die Strafbarkeit der Begünſtigung, erklärlich theils durch die Mangelhaftigkeit der Polizeianſtalten, theils durch das beſondere Verhaßtſein der Unrechtsverheimlichung überhaupt, theils durch den allgemeinen

---

1) L. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 1 D. de receptat. (47. 16). l. 9 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 13 pr. D. de off. praes. (1. 18). l. 1. 2. C. Th. de his qui latr. (9. 29). l. 1. 2. C. J. eod. (9. 39). l. un. C. de crim. pec. (9. 28), nicht aber auch l. 1 D. eod. (48. 13), ſ. gegen Birnbaum S. 56 — Platner S. 172. — L. 3 §. 12 D. de Scto Silan. (29. 5) l. 9 C. de malef. (9. 18). l. 3 §. 3 D. de abig. (47. 14). l. un. §. 2. C. de raptu virg. (9. 13). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. 40 D. de poen. (48. 19).

2) Rein S. 349. Birnbaum S. 46. 52.

3) Platner; ſ. übr. S. 171, wo er anerkennt, daß das röm. Recht wohl keine ganz ſcharfe Grenze gezogen habe.

4) Paul. V, 3, 4. l. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 9 C. de vi (9. 12) u. l. 1 D. h. t. (47. 16) erwähnen dies zwar nicht; es iſt aber aus l. 1 C. de his qui latr. (9. 39) zu ergänzen. So lehrten auch viele Italiener ſ. Farin. qu. 133. n. 101. und Matth. 47. 10. c. 1. 2, vgl. Birnbaum S. 47. 48. Heffter §. 532. Abegg S. 592. 593. Platner S. 180. Rein S. 352. n. *

5) ſo Birnbaum S. 45. Abegg S. 593. N. Arch. 1836. S. 517—519. ſ. dag. Platner S. 178 f. Rein a. a. O. Sander. 1838. S. 434.

6) ſo Birnbaum S. 47—49. ſ. dag. Platner S. 181. 182. Abegg a. a. O. und Heffter ſind noch ſtrengerer Meinung, als Birnbaum, ſ. auch Farin. qu. 133. n. 29 f. Ziegler S. 42. n. 3. S. 48. n. 1.

7) nach Rein auch bei Mord und Zauberei, allein mit Unrecht. Sehr weit giengen theilweiſe die Italiener (delicta atrocissima).

8) L. 3 §. 3 D de abig. (47. 14). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. un. §. 2 C. de rapt. virg. (9. 13). l. 40 D. de poen. (48. 19). L. 1. 2. C. de his qui latr. (9. 39). l. 6 §. 2 D. ad l. Jul. pec. (48. 13).

9) Unklar iſt Heffter §. 532. n. 4. u. Abegg S. 592, übrigens in Uebereinſtimmung mit einem Theil der Italiener, die bei latrones auch auf das occultare an ſich das Gewicht legten.

10) L. 2 D. h. t., vielleicht auch in der fragilitas sexus, l. 39 §. 4 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

vorwiegend objektiven Standpunkt dieses Rechts [1]). Besonders bei Diebstahl und Raub wird letzterem gemäß die Begünstigung des Verbrechers und des Verbrechens meist dem Hauptverbrechen gleich bestraft [2]). Ebenso nach den Rechtsbüchern, die nur von Diebstahl und Raub sprechen [3]). Doch läßt sich hier eine durchgängig gleiche Bestrafung nicht nachweisen, und noch weniger eine allgemeine und bestimmte Ansicht über die Strafbarkeit der Begünstigung (im eigentlichen Sinn) überhaupt [4]). Wohl aber ist dies in dem Reichsfriedensrecht des MAs. der Fall, wo die Begünstigung bei Landfriedensbruch überhaupt in ihren beiden Hauptrichtungen mit der Strafe des Hauptverbrechens oder mindestens mit Acht bedroht erscheint [5]). Dessenungeachtet und obgleich es bei den Italienern Regel geworden war, die Begünstigung (auch außer der receptatio) als eine Art von Theilnahme (in der Regel gelinder als die Hauptthat) zu strafen, auch die Bamb. Art. 203 dieselbe unter die allgemeine Kategorie der Theilnahme stellt, ist es zweifelhaft, ob sich dasselbe von der P.G.O. Art. 177 (j. Art. 40) behaupten lasse [6])? Wie dem aber sei, so hat jedenfalls die Doktrin und Praxis [7]) den Satz der Italiener aufgenommen, so zwar, daß man die einfache Begünstigung überall als uneigentliche Theilnahme am Hauptverbrechen, aber in allen Fällen als geringer strafbar ansah [8]). Erst später legte man wieder mehr Gewicht auf die römischen Bestimmungen über gleiche Bestrafung und suchte sie noch anders,

---

1) Wilda S. 635—637 (wo aber Ungehöriges hereingezogen ist, wie die Befreiung Gefangener und die Beherbergung Friedloser).

2) Hierher gehört auch der verbotene Vergleich des Beschädigten mit dem Thäter mit Umgehung des Richters. s. z. B. Ines Ges. 36. 46. Aethelstans Ges. II, 1, 1. VI, 1, 2. L. Rip. 78. Ed. Roth. 271. 273. L. Baj. VIII, 7, 3. L. Wisig. VII, 2, 7. 9. (mit einer Modif. L. Baj. VIII, 13, 2. u. 14. Decr. Thassil. 7.) Child. II. et Chlot. II. pact. c. 3. (P. I. p. 7). Chlotach. II. decr. c. 2. 5. (p. 12). Capit. Aqu. c. 2 (p. 146). Cap. Aquisgn. 813. I. c. 13. 15. (p. 188).

3) Sächs. LR. II, 13. §. 6. III, 7. Schwäb. LR. c. 174. (s. jed. auch Rupr. v. Freis. II. 37.) Rechtsb. nach Dist. IV, 9. dist. 1. 2. Bloß von Hilfe durch Rath und That überhaupt sprechen die Gosl. Stat. (Göschen) p. 38, 24. 42, 31. 47, 34. Mit Unrecht sagt aber wohl Cropp in d. krim. Beitr. II. S. 349—352, die Hehlerei habe überhaupt ein vorheriges Einverständniß vorausgesetzt.

4) s. übr. Sächs. LR. II. 72. Schwäb. LR. c. 253. Ganz verkehrt Temme Glossen. S. 109.

5) s. z. B. Heinr. R. treuga 1230. c. 13 (P. II. p. 267). Const. pac. 1235. c. 13. 14. (p. 317). a. 1287. c. 40. 41. (p. 452). a. 1303. c. 41. 42. (p. 483) ꝛc., vgl. Stadtr. v. Dattenried 1358. c. 1. (Gaupp II. 177). s. auch Damhouder. c. 134. u. Bajard. z. Clar. §. fin. qu. 90. n. 9, woraus hervorgeht, daß die Ital. sich sehr abmühten, Statutarrecht und jus comm. in Einklang zu bringen. s. bes. Menoch. cas. 348.

6) Dagegen s. Böhmer Med. ad art. 177. §. 1. Henke I. §. 43. n. 8. Martin §. 73. n. 3. Sander im N. Arch. 1838. S. 435 ff. Mittermaier n. 3. z. F. §. 53. Dafür Kress ad art. 177 (er schließt nur die ratihabitio aus). Wächter §. 91. n. 89. Roßhirt Lb. §. 33. Entw. S. 277 f. Heffter §. 84. n. 6. Bauer Abh. I. 479—483. Jarcke I. 235. n. 10. Ziegler S. 55. n. 1. Held S. 140. Morstadt n. 1. z. F. §. 53.

7) Strenger waren immer noch einzelne Gesetze. s. z. B. Landfr. 1548. pr. §. 2. RA. 1555. §. 41. 42. RSchl. 1731. §. 5 a. E.

8) Carpzov. qu. 87. n. 38 sq. qu. 134. n. 37 sq. Kress ad art. 177. und die dort Angef. Böhmer Med. ad art. 177. §. 9. Obs. 2. ad C. qu. 87. Cocceji de socio. S. 2. §. 35. 36. Anm. z. Cod. Max. I, 12. §. 8. (Praxis) u. z. I, 2. §. 14. (Klage über die Klauseln der Doktrin.)

als durch bloße Voraussetzung eines Komplotts oder überhaupt eines vorherigen Versprechens zu motiviren [1]). Auch die Gesetzgebung des vorigen Jahrh. aber hielt sich nicht durchaus an die von Karpzov aufgestellte Norm. Zwar that dies der Cod. Max. hinsichtlich der Begünstigung überhaupt, machte aber Ausnahmen bei Diebstahl und Raub [2]). Die Theres. I. 3. §. 8. 12. straft die Begünstigung infolge Komplotts mit der Strafe des Hauptverbrechens, macht sie aber außerdem zu einem besondern Verbrechen [3]). Das preuß. A.L.R. macht aus der Begünstigung der Person ein eigenes Delikt, das nicht hart gestraft wird, dagegen stellt es die gewerbsmäßige Begünstigung und die einfache Antheilnahme am Gewinn (von mehr ist nicht die Rede) unter die Theilnahme, und straft erstere mit der Hauptstrafe, letztere mit der nächstniedrigeren [4]). Das östr. GB. dagegen stempelt die Begünstigung überall zu einem besondern Verbrechen, welches theils (als Begünstigung der Person) auf alle Verbrechen, theils (als sonstige Förderung) nur auf bestimmte Verbrechen sich bezieht, übrigens mit schweren Strafen bedroht ist [5]). Seit dem bair. GB. [6]) wird die Begünstigung meist richtig, d. h. als ein besondres Verbrechen, das aber eine accessorische Eigenschaft hat, aufgefaßt, wenn auch oft das eine oder andre Moment zu sehr überwiegt und die Anführung von Beispielen zu Vertretung oder Erläuterung des Begriffs nicht gelungen ausfällt [7]), während umgekehrt die Bezeichnung des subjektiven Moments schwankend ist [8]). Als Quote der Strafe des Hauptverbrechens wird die der Begünstigung bestimmt im sächs. GB. [9]). Das bair. droht die Strafe

---

1) Matthaeus l. c. s. dag. auch wieder Püttmann Elem. §. 372. 458. (zu bem. das hier cit. Resc. 1721). 479. Quistorp §. 57. 58 (hebt auch die Gewerbsmäßigkeit als Moment hervor). Ueber die Neueren s. die vor. Noten.

2) I, 12. §. 8. 9. vgl. I, 2. §. 14. 15. 18. 20. (mit den Anm.). In letzteren Stellen wird zur poena ord. Hilfe (nach der That) und Partizipation am Gewinn gefordert. vgl. sächs. Gesetze b. Held S. 141. 142.

3) II, 102. Die Strafe ist arbiträr, kann aber nach Umständen zur poena ord. (selbst geschärfter Todesstrafe) ansteigen.

4) II. 20. §. 83. 84. 160 a). Ist schon dies sonderbar, so sind theilweise noch auffallender die Bestimmungen in §. 1218—1230 und 1238, wo die verschiedensten Momente bunt durcheinander liegen und ein leitendes Prinzip nicht zu erkennen ist. vgl. die Cirk.VO. 26. Febr. 1799. §. 28. 29, wo die Diebshehlerei aller Art kurz dem Diebstahl selbst gleichgestellt ist.

5) Oestr. GB. (1852) §. 6. j. §. 109. 112. 116. 120. 121. 185—187. 189. 196. 214. 217. Hye S. 232—240. Ungenau und ungerecht ist Breidenbach I, 2. S. 391. Note.

6) Art. 84—86 (in Art. 87. 88 sind auch bloße Unterlassungen zur Begünstigung gezählt). vgl. Sächs. GB. Art. 38. 46. Wirt. Art. 89—92. Hannövr. Art. 74—76. Braunschw. §. 47. — Hess. Art. 87—91. Bad. §. 142—145. Thüring. Art. 36. 37. Preuß. GB. §. 37. 38. Bair. Entw. Art. 48. 49. Sander 1838. S. 451—463. Blätt. f. Rechtsanwend. XIV. Erg.bl. nr. 4. S. 60.

7) Mit Unrecht eifert Breidenbach gegen die Bedrohung der Aufnahme von Verbrechern, mit Recht dagegen gegen die des bloßen Vortheilziehens vom Verbrechen. (Hess. Art. 88. Oestr. §. 6). I, 2. S. 397—401. vgl. sächs. GB. Art. 239. Held S. 148. 149. Preuß. Revis. 1845. I. S. 164—168. Nicht hergehörig sind namentlich auch die Fälle im hannövr. GB. Art. 74 a. E. u. im hess. Art. 88, 2. s. bes. Bair. Mot. z. Art. 48.

8) s. z. B. sächs. GB. Art. 38. Held S. 152—156 u. N. Jahrb. I, 2. S. 133. 134. Leonhardt I. 311—313.

9) Art. 38. Anders Art. 239. vgl. Held S. 161—167. s. dag. Breidenbach

der Beihilfe dritten Grads (Maximum 6 J. Arb.haus). Die übrigen neuen Gbücher drohen eine eigene (in der Regel geringere) Strafe, wobei die Größe des Hauptverbrechens nur einen Ausmeſſungsgrund bildet [1]). Alle ſetzen (wenn auch nicht immer gehörig deutlich) dolus voraus [2]), während das Hauptverbrechen dolos od. kulpos, der Begünſtigte Urheber oder Gehilfe ſein kann [3]). Meiſt wird dann noch beſonders die gewerbsmäßige Begünſtigung ausgezeichnet, bloß bei den Eigenthumsverbrechen im ſächſ. (Art. 239 [4]), im thüring. (Art. 231) und im preuß. GB. (§. 239), allgemein dagegen in den übrigen [5]), wobei nur das hannövriſche (Art. 76) ſich damit begnügt, ſie als bloßen Erſchwerungsgrund zu bezeichnen [6]). Es gehört dazu [7]), daß die Begünſtigung als nahrungbringendes Gewerbe betrieben werde, mithin in eigennütziger Weiſe und ſo, daß ſich der Schuldige dadurch, wenn auch nicht ausſchließlich, ſeinen Unterhalt verſchafft, zugleich aber auch ſo, daß er die Sache als Geſchäft, ohne Auswahl der ſich darbietenden Gelegenheiten ꝛc. betreibt [8]). — Nahe Verwandtſchaft galt als Milderungsgrund auch den ital. und deutſchen Praktikern [9]), desgleichen dem Cod. Max. [10]) und der Theresiana. Das preuß. LR. ignorirte auch dieſe billige Rückſicht, wogegen das öſtr. GB. die nächſten Verwandten für ſtraffrei erklärte, wenn ſie den Thäter verheimlicht oder (ohne eigennütziges Intereſſe) die zur Entdeckung der That oder des Thäters dienlichen Anzeigungen beſeitigt haben [11]). Daſſelbe thun denn auch ſämmtliche neueren Geſetzgebungen, nur daß ſie theilweiſe das punctum saliens, d. h. daß bloß aus perſönlichem Intereſſe am Thäter gehandelt werde, nicht mit gehöriger Beſtimmtheit hervorſtellen, überdies aber den Kreis der privilegirten Perſonen ſehr verſchieden beſtimmen [12]). Nur bei

---

I, 2. S. 405. n. 2. Dem ſächſ. GB. folgt das thüring. Art. 36. vgl. Sander 1839. S. 399. ſ. auch den ſächſ. Entw. Art. 59. 294. 295. (??).

1) Aber nicht den einzigen (wie nach Wirt. GB. Art. 90). ſ. Heſſ. GB. Art. 89. Bad. §. 143. Hannövr. Art. 75. vgl. Sander 1839. S. 248—256. 396 f. Goldtammer I. 341.

2) ſ. übr. Braunſchw. GB. ed. Breym. S. 209.

3) Leonhardt I. 309. 310. Goldtammer I. 341.

4) Held S. 150—152. Weiß S. 641—644. ſächſ. Entw. Art. 296.

5) ausgenommen das öſtreichiſche. ſ. Bair. GB. Art 85. Reſkr. 1. April 1815. Gönner Jb. I. 113. Oldenb. Art. 91. Wirtemb. Art. 91. Braunſchw. §. 47. Heſſ. Art. 90. Bad. §. 141. Die Größe der Strafe iſt verſchieden. vgl. Bair. Entw. Art. 290. 300. und Mot. z. Art. 49.

6) ſ. jed. Art. 303. 333. — ebenſo das Zürch. GB. §. 60.

7) Sander 1839. S. 403—413. Held S. 156—161. N. Jahrb. f. ſächſ. Strafr. II. 253. 415 ꝛc. V. 372 ff. Wächter Abh. I. 378. Weiß S. 617. 618. Hufnagel I. 623—626. II. 366 ff. III. 123. 124. Strafgb. m. Anm. S. 514. Breidenbach I, 2. S. 407—410. Beſeler S. 454. 455.

8) Auf den animus kommt es daher hauptſächlich an, ſo daß nicht abſolut eine Mehrheit von Akten erforderlich iſt.

9) ſ. die bei Farin. qu. 133. n. 32 Angef. u. Carpzov qu. 131. n. 48—51.

10) Dieſer läßt unter Umſtänden ſogar Strafloſigkeit eintreten (den Verwandten ſind die Wirthe und die Perſonen, die das Aſylrecht haben, beigefügt).

11) GB. 1803. §. 195. (jetzt 216). Jenull II. 395. 396. 400. vgl. Feuerbach Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 240.

12) Bair. GB. Art. 89. Sächſ. Art. 41. vgl. N. Jahrb. VII. 108. 109. 174 ff. Wirtemb. Art. 92. Hannövr. Art. 74 (ganz verunglückte Faſſung. ſ. Leonhardt I. 317—321) Braunſchw. §. 49. Heſſ. Art. 91. Bad. §. 145. Thüring. Art. 37. Preuß. §. 37. Sächſ. Entw. Art. 68. Bair. Art. 51.

Ehegatten, Eltern und Kindern ſollte auch eine mit eigenem Vortheile verbundene Begünſtigung ſtraflos gelaſſen werden [1]). Bei gewerbsmäßiger (oder vorher verſprochener) [2]) Begünſtigung dagegen kann die betr. Rückſicht ſelbſtverſtändlich nicht Platz greifen [3]).

4) Eine allgemeine Pflicht zur Anzeige begangener Verbrechen (abgeſehen alſo vom Beamtenverhältniß und von einem vor der Begehung geleiſteten Verſprechen) [4]) kannte das gemeine Recht nicht, namentlich nicht das römiſche [5]). Entgegengeſetzt lautende Stellen des kanon. Rechts [6]) wurden ſchon von den Italienern bloß auf das forum conscientiae bezogen [7]). Das römiſche Recht enthält Ausnahmen nur bei der Ketzerei, bei der Münzfälſchung, bei maleſici, latrones, desertores [8]). — Im germaniſchen Recht war durch das Rügeverfahren eine andre Anſicht begründet [9]), die aber weichen mußte, ſowie dieſes Verfahren allmälig der Unterſuchung von Amtswegen Platz machte. Doch ſind die Spuren davon auch ſpäter geblieben, wie das ganze Verfahren mit Gerüfte zeigt [10]). Gleichwohl kennt auch das ſpätere Reichsrecht nur einzelne Ausnahmen von der Regel des röm. Rechts, bei Hochverrath, Münzfälſchung und Gotteslästerung [11]). Die Praxis beſchränkte ſich jedoch hierauf nicht, ſondern ſtrafte die Nichtanzeige bei allen del. atrocissimis [12]); indeſſen keineswegs allgemein [13]). Daher bedroht auch der Cod. Max. I, 12. §. 2 die Nichtanzeige begangener Verbrechen überall nicht mit Strafe, wogegen die Theres. (Art. 28. §. 4. 6. 7. vgl. Art. 3. §. 14) arbiträre Strafe für die Nichtanzeige aller mit Todes- od. ſchwerer Leibesſtrafe bedrohten Verbrechen feſtſetzt. Das preuß. LR. enthält ſich ſolcher Strafdrohungen. Dagegen droht das bair. GB. Art. 88 Strafe (übrigens geringe)

---

1) Sander 1839. S. 400. 401. Sächſ. GB. Art. 239. Braunſchw. §. 49. (Breym. S. 210) Thüring. Art. 36 a. E.

2) Preuß. GB. §. 38.

3) A. M. Breidenbach I, 2. S. 412. (?) Ueber das franzöſiſche Recht ſ. Hélie II. 100—105. Daſſelbe iſt ſtreng und lückenhaft.

4) Hier liegt immer Beihilfe vor. A. M. Abegg S. 119 unten.

5) L. 48 §. 1 D. de furt. (47. 2). l. un. C. ut nemo invit. (3. 7).

6) ſ. z. B. c. 4 X. de furtis (5, 18).

7) Farinac. qu. 51. n. 13. 14.

8) L. 1 C. de fals. mon. (9. 24). l. 9 C. de malef. (9. 18) l. 1. 2 C. de his qui latr. (9. 39). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. 16 §. 2 C. de haeret. (1. 5). Die gewöhnlich mit angeführte l. 5 §. 6. 7. C. ad l. Jul. maj. (9. 8) handelt nur von der Anzeige eines noch nicht zum Ausbruch gekommenen Verbrechens. Ueberhaupt aber iſt das röm. Recht in dieſer Frage wegen ſeiner bekannten Behandlung des Verſuchs techniſch von keinem entſcheidenden Gewicht. A. M. Martin §. 242. n. 7. ſ. de Jonge de del. contra remp. adm. II. p. 108 sq.

9) ſ. z. B. Decr. Childeb. c. 11. 12. Decr. Chlot. c. 1. 8. (P. I. p. 10. 11). Chlodov. cap. pacto l. Sal. add. c. 9. (P. II. p. 5) ꝛc. Mein Wendepunkt ꝛc. S. 171—173. 178—180. A. M. Jarcke I. 237. n. 13.

10) Cropp in d. krim. Beitr. II. 371. n. 24. ſ. auch Kaiſ. R. II. 62. Wirt. LO. Tit. 89. §. 16. 91. §. 2. 92. §. 13. 99. §. 8. 16. 131—133. (vgl. Hofacker Jahrb. II. 10 f.).

11) Gold. B. c. 24. §. 6 (vgl. übr. Knorr im N. Arch. 1840. S. 482). R. Münz. O. 1559. §. 161—163. R. P. O. 1548 u. 1577. Tit. I. §. 2. 4. 5. vgl. beſondere Fälle R. K. G. Viſ. Abſch. 1713. §. 46. R. Schl. 1731. §. 2.

12) Carpzov. qu. 134. n. 66—70. (was er n. 60—65 anführt, gehört nicht hierher). Böhmer obs. 5. ad h. l.

13) Böhmer Med. ad art. 177. §. 7. Kress ad art. 177. Quiſtorp §. 62.

für Nichtanzeige ſchwerer (mindeſtens zuchthauswürdiger) Verbrechen [1]), das ſächſ., würtemb., braunſchw., thüring. [2]) in der Regel nur, wenn man den Thäter kennt und weiß, daß ein Unſchuldiger in Unterſuchung gezogen, resp. verurtheilt oder unvollkommen freigeſprochen iſt, das hannövr. u. heſſ. GB. [3]) nur beim Hochverrath, das bad., öſtr. und preuß. dagegen keine [4]). Immer ſind jedoch nahe Angehörige ausgenommen, theilweiſe auch Geiſtliche, denen in der Beichte ein begangenes Verbrechen anvertraut worden iſt [5]), und Defenſoren [6]).

B) Beihilfe und intellektuelle Urheberſchaft.

§. 92.

Die Mittel, deren ſich das handelnde Subjekt bedienen kann, ſind nicht bloß Naturkräfte, deren Wirkung nach dem Kauſalitätsgeſetze berechnet und verwandt werden können, ſondern auch die Willen andrer freien Subjekte, die zwar eben als ſelbſt freie nicht nezeſſitirt, aber doch zu einer aus eigener Selbſtbeſtimmung hervorgehenden Theilnehmung determinirt werden oder ſelbſt ſich anſchließen können. Der Begriff der Urheberſchaft erſchöpft daher (§. 89) den des handelnden Subjekts nicht, ſondern theilt ſich in die freie Kauſalität der Handlung mit andern mithandelnden Subjekten, Theilnehmern. Theilnahme wird nämlich begründet durch Zuſammenhandeln und ſetzt irgend welche Mitwirkung zur Hervorbringung einer beſtimmten Handlung voraus (§. 91). Sofern nun Theilnahme ſtets eine auf die Einheit einer That bezogene (ſolidariſche oder nicht ſolidariſche) Gemeinſchaft verſchiedener Willen involvirt, kann ſie nur durch Abſicht, nicht durch culpa entſtehen, weil dieſe die direkte Richtung des Willens auf die That und eben damit den möglichen Gegenſtand der Theilnahme ausſchließt. Die Elemente der Theilnahme ſind Beihilfe und intellektuelle Urheberſchaft.

1) Die neuere Wiſſenſchaft und Geſetzgebung neigt ſich immer mehr dahin, unter Theilnehmern überhaupt alle zur Hervorbringung eines beſtimmten Ver-

---

1) vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 252.

2) Sächſ. Art. 40. ſ. aber auch Art. 86. und Weiß S. 188. vgl. Entw. Art. 67. Wirt. Art. 94. ſ. aber auch Art. 143. 213. 216. Der Art. 94 iſt aufgehoben, dagegen beſtehen die beiden beſondern Ausnahmen noch, erſtere jedoch in modifizirter Weiſe. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 16. 21. Braunſchw. §. 48. Thüring. Art. 38. ſ. aber auch Art. 82.

3) Hann. Art. 126. Heſſ. Art. 134. 138. Willkührliche Behauptungen ſ. bei Breidenbach I, 2. S. 420.

4) Ebenſo bair. Entw. Art. 54.

5) Wirt. Geſ. 13. Aug. Art. 21. u. Gb. Art. 213. 216. j. Art. 93. 94. Thüring. GB. Art. 40.

6) Gönner Jahrb. d. Geſetzgeb. I. 97—112. Wirt. Strafproz.O. Art. 195, 3. Thüring. Art. 176. ſ. auch Hepp N. Arch. 1837. S. 30 f. 1849. S. 292 f. 1851. S. 60 ff. (unbedeutend). Das Zürch. GB. beſtraft nur doloſe Nichtanzeige von Seiten öffentlicher Beamten oder Bedienſteten (§. 58 j. 55).

brechens irgendwie Mitwirkenden zu verſtehen [1]). — Jedenfalls müſſen aber unter Theilnehmern, wenn nicht der Begriff ebenſo vag und unjuriſtiſch wie der des bloß faktiſchen Urhebers ſein ſoll, nur freiwillige d. h. ſolche verſtanden werden, denen ihre Handlungen zugerechnet werden können (ſ. unten) [2]). Der Ungedanke vollends [3]), auf das Verhältniß der Theilnehmer zu einander die Kategorie der Kauſalität anzuwenden, iſt ganz zu verwerfen. Der Satz, daß wahre Theilnahme nur durch dolus, nicht durch culpa begründet werden könne [4]), iſt nur von Wenigen beſtritten [5]), und aus unzureichenden Gründen. Manche wenden nur überhaupt den Begriff der Theilnahme auch auf kulpos neben einander Handelnde an, ohne ſich das Weſen der rechtlich allein bedeutſamen Theilnahme, das bewußte Zuſammenhandeln auf Ein Ziel, wodurch eine Willensverbindung entſteht, klar zu machen [6]). Andre laſſen ſich noch überdies durch die an ſich ganz richtige Beobachtung irreführen, daß auch wirkliche Theilnehmer hie und da bloß wegen culpa verantwortlich werden [7]). Allein letzteres (z. B. bei Mandatserzeſſen) geſchieht eben durch den Theilnehmer *als ſolchen nicht*, ſondern er überſchreitet damit das Theilnehmerverhältniß, das der von vornherein kulpos Handelnde gar nie betritt.

2) Im Grundcharakter des römiſchen Rechts lag es, die Theilnehmer am Verbrechen unter gemeinſchaftlichen Ausdrücken zuſammenzufaſſen, bald mit Einſchluß des Thäters, bald im Unterſchiede von dieſem (unius facinoris rei, in eadem causa obnoxii, consortes, participes, socii, conscii, facinus communiter commissum ꝛc.) [8]); es wurde wohl auch zuweilen die bloße Begünſtigung darunter begriffen. Seinem ethiſch-politiſchen Standpunkte gemäß (§. 69 Anm. 2) ſtellte es nämlich die verſchiedenen Theilnehmer (theilweiſe ſelbſt bloße Begünſtiger) in der Strafbarkeit einander gleich [9]). Erſt in der ſpäteren Kaiſerzeit kommen einzelne Abweichungen (wie beim Verſuch ſ. o.) vor [10]). — Hiemit im geraden Gegenſatze ſteht

---

1) Geringfügige Einwendungen ſ. bei Birnbaum N. Arch. 1842. S. 1—60. Hepp eb. 1846. S. 325 f. Zachariä eb. 1850. S. 270 f.

2) N. Rev. S. 510—513 und die dort Angef.

3) ſo Berner; ſ. dag. auch die richtige Bem. von Luden Hdb. I. 455. n. 3.

4) Hie und da wird er freilich gar nicht oder mangelhaft begründet. ſ. z. B. Luden Abh. II. 336. 349. n. 1. Heffter §. 79. n. 3. Bauer Abh. I. 412. n. **).

5) Borſt im N. Arch. VII. 670 f. Hepp eb. 1846. S. 348 f. Luden Hdb. I. 439. n. 2. ſ. auch Quiſtorp §. 56. Tittmann I. §. 104. Martin §. 75. n. 4. 5.

6) ſ. z. B. Martin §. 75. Marezoll S. 118. 121. ſ. dag. N. Rev. §. 138. 141. 143. Berner S. 212—214. 270—272. 353 (wo ſich eine ſchale Diatribe gegen die N. Rev. findet).

7) Hepp a. a. O.

8) Paul. V, 14, 1. 2. L. 6 §. 4 C. de his qui ad eccl. (1. 12). l. 4. 16 C. de quaest. (9. 41). L. 11 C. de testib. (4. 20). L. 3 C. de Judaeis (1. 9). L. 3 C. de abolit. (9. 42). L. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). L. 1 §. 19. 20. 27 D. de quaest. (48. 18). L. 17 C. de accus. (9. 2). L. un. C. de Nili agg. (9. 38). Dirksen Manuale. Birnbaum a. a. O. vgl. aber Rein S. 197—199.**

9) Dies nehmen die Meiſten an. A. M. Schnell de poen. mitiorib. in socios ꝛc. 1809. Hepp im N. Arch. 1846. S. 317 ff., nur ſcheinbar auch Rein S. 185—189.

10) §. 8. 9 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 3 §. 3. 4 D. de incend. (47. 9). L. 8. 9 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). L. 6. 7 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 9 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 5 C. ad l. Jul. maj. (9. 8) ꝛc. ꝛc. (Rein

das germaniſche Recht, welches den objektiven Geſichtspunkt vorwiegen läßt. Das Weſentliche gegenüber dem römiſchen Recht beſteht darin, daß zunächſt überhaupt Unterſchiede unter den verſchiedenen Arten der Theilnahme gemacht wurden [1]). Dieſe Unterſchiede ſind nun aber freilich von vorn herein nicht die aus dem Weſen der Sache ſich ergebenden [2]), zu deren Entwicklung es vielmehr erſt der Befruchtung des germaniſchen Rechts mit den römiſchen und kanoniſchen Begriffen bedurfte. Sie ſind aber auch ebenſowenig rein objektiver oder materieller Art, ſo daß ganz von der Abſicht abſtrahirt würde [3]). Vielmehr bildet das ſubjektive Moment ſtets die ſtillſchweigende Vorausſetzung [4]), und es iſt nur die Rohheit und Kindlichkeit der Auffaſſung, welche die objektive Kauſalität in den Vorgrund bringt. Hiernach ſteht denn namentlich die intellektuelle Theilnahme in der Strafbarkeit in der Regel ſtets gegen die phyſiſche zurück [5]). Desgleichen werden die phyſiſchen Theilnehmer in der Regel nicht mit gleichen Strafen bedroht [6]). Vielmehr iſt das Gegentheil die Regel, ſo zwar, daß die Urheber, Hauptunternehmer, Anführer, die das Hauptintereſſe bei der That haben oder die Hauptwirkſamkeit ausüben, ſtets ſtrenger beſtraft werden, als die Uebrigen [7]). Beſonders bezeichnend tritt die Unterſcheidung des Urhebers und näherer und entfernterer Gehilfen in den Beſtimmungen über die in Gefolgſchaft verübten Verbrechen hervor [8]). Eigenthümlich iſt namentlich die mehrfach vorkommende Beſtimmung, daß immer nur eine beſtimmte Anzahl von Theilnehmern nach dieſen ſtehenden Rubriken verantwortlich gemacht werden ſolle [9]). Gerade das

---

a. a. O.) vgl. l. un. §. 2 C. de raptu virg. (9. 13). l. un. C. de Nili agger. (9. 38).

1) d. h. praktiſche, nicht bloß in Worten beſtehende, wie ſie vom röm. Recht Birnbaum namhaft gemacht und Hepp a. a. O. S. 317–325 auch als praktiſch hat geltend machen wollen. — A. M. in Beziehung auf das german. Recht iſt in offenbarer Unkenntniß des Sachverhalts Jarcke I. 222.

2) Neuerdings ſucht Luden den überwundenen Standpunkt des germ. Rechts mit übel angewandtem Scharfſinn zu repriſtiniren.

3) Gegen dieſe rohe Auffaſſung ſ. §. 48. Anm. 2. vgl. auch Ziegler Theilnahme ꝛc. S. 48 ff., der aber ſehr unklar iſt.

4) Dies liegt klar darin, daß die intellektuelle Mitwirkung überhaupt für ſtrafbar erklärt wird.

5) Ed. Roth. 10. 11. L. Liutpr. 71. 134. L. Wisig. VI, 5, 12. i. f. L. Sal. em. XLIII. 12. L. Fris. tit. 2. (Rogge S. 26 f. v. Woringen S. 49 f. Wilda S. 631. n. 1), woraus die bloß ſubſidiariſche Haftung hervorgeht. Ausnahmen in L. Burg. LXXX, 3. L. Sal. em. LVII, 6. (nicht auch XXX, 1). L. Liutpr. 63. vgl. Wilda S. 627—635 mit Roſenviege II. §. 157 und Casse de autor. psychol. p. 117 sq.

6) Ausnahmen in nordiſchen Rechten ſ. bei Wilda S. 624. L. Sal. em. XVI, 1. 3 zeigt gerade die Regel. Die hie und da den Theilnehmern verſtattete freiwillige Repartition der Buße unter ſich beweist nicht, daß man ſie für gleichſtrafbar angeſehen habe. ſ. Ed. Roth. 312, j. 12. 268. vgl. Aelfreds Geſ. c. 19 pr. §. 1. L. Alam. c. 45. Wilda S. 625—627. Strenger war man beim Diebſtahl. L. Sax. IV, 8. L. Rip. XVIII, 1. Unrichtig iſt die Auffaſſung b. Zöpfl RG. II, 2. S. 402.

7) L. Bajuv. II, 3. Capit. a. 805. c. 10 (P. I. p. 133).

8) ſ. die b. Wilda S. 609 f. angeſ. nord. Rechte, u. L. Sal. em. XIV, 1—4. XLIV, 1. 3. — XLV, 3. L. Rip. 34. 64. L. Angl. X, 9. L. Fris. XVII. 4. Ed. Roth. 19. 253.

9) Aehnlich iſt das Auskunftsmittel in einem andern Falle. L. Sal. em. XLV, 1. 2. ſ. auch L. Sal. Herold. XLII, 3. vgl. L. Rip. XVIII, 1. ſ. über das Conubernium Wilda S. 619 f. und die dort Angeſ.

Schema beweist aber die Grundansicht, daß nach dem Maße der geleisteten physischen Thätigkeit abgestuft werden müsse [1]). Nur kommen nicht immer gerade 3 oder 4 Klassen, sondern hie und da bloß zwei Klassen vor, nämlich solche, die bloß gegenwärtig gewesen sind, und solche, welche irgendwie mitgewirkt haben und sofort dem Urheber gleichgestellt werden [2]). Ueberdies findet sich auch die weitere (einen Fortschritt bildende) Modifikation [3]), daß die Vereinigung zu einer Gefolgschaft als besondres Moment herausgehoben und daneben die von jedem Einzelnen ausgeübte Thätigkeit für sich gewürdigt oder in Verbindung mit den Akten der Uebrigen aufgefaßt wurde [4]). — Im MA. scheint es dagegen theilweise Rechtsansicht gewesen zu sein, daß alle Theilnehmer (auch intellektuelle) mit gleicher Strafe zu belegen seien (über Begünstigung s. o.), so namentlich der Anstifter und der physische Urheber, sowie die Gehilfen bei Diebstahl, Raub und Nothzucht, (Entführung) [5]). Auch findet sich wohl der Grundsatz geradezu ausgesprochen, daß alle Förderung mit Rath oder That der That gleich zu strafen sei [6]). Gleichwohl stellen wenigstens die Rechtsbücher den Grundsatz der gleichen Strafbarkeit der Beihilfe mit der That selbst nur bei den angef. Verbrechen auf, während sie anderwärts beides, und zwar die That selbst einer-, die Beihilfe und den Rath andrerseits, wohl unterscheiden, nur daß der Schwab. Sp. die, welche einen während der Verwundung hielten, den Verwundenden gleichstellt [7]). Ebenso zeigen auch Partikularrechte, daß man nicht nach durchgreifenden Prinzipien verfuhr [8]). — Jedenfalls erhielt sich im deutschen Rechte wenigstens theilweise die Ansicht, daß nicht alle Theilnehmer gleich zu strafen seien, und daß bei verschiedenen physischen Theilnehmern nach dem Maße ihrer Wirksamkeit unterschieden werden müsse [9]). — Mit Unrecht wird jedoch häufig angenommen, daß

---

1) s. bes. L. Sal. em. XIV, 1 sq. XLIV, 1. 3. XLV, 3. j. L. Rip. 64. L. Alam. Cap. add. 42. Erik II. seel. Ges. b. Wilda S. 623.

2) L. Sal. Her. XIV, 13. vgl. die nord. Rechte bei Wilda S. 611. n. 4—6.

3) vgl. Ed. Roth. 19. L. Bajuv. III, 8. §. 1. L. Rip. 64. u. bes. die bei Wilda S. 624. n. 1. angef. Stellen. s. auch L. Liutpr. 134.

4) vgl. L. Rip. 64. u. L. Sal. Her. XIV, 13.

5) Sächs. LR. II, 13. §. 4. 6. III. 1. §. 1. (über II, 13. §. 4. s. Homeyer a. E. Ziemann Wörterbuch S. 629). Schwäb. LR. c. 171. 174 (vgl. Klenze S. 53 unt. Haberlin Sp. Sax. ꝛc. j. crim. p. 70—72. Luden Abh I. 364—366) 227. 254. Henr. R. treuga 1230. art. 6. (P. II. p. 267). Die Formel Rath und That s. Sächs. LR. II, 72. §. 4. III, 78. §. 9. Anstiftung Auton. v. Speier b. Lehmann IV. 16. nr. 34. Berner Handfeste 1218. c. 33 (Gaupp II. 51). Freiburg. Handf. 1249. c. 60 (G. II. 94). Stadtr. v. Datteuried 1358. c. 17. (Gaupp. II. 179).

6) Gosl. Stat. Göschen. p. 38, 16. 25. p. 42, 30—34. p. 47, 34—36. Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 1. 2. IV, 10, 4. 6. vgl. IV, 8.

7) Sächs. LR. III. 46. §. 2. Schwäb. LR. c. 312. (vgl. Haeberlin Spec. Sax. ꝛc. jus crim. p. 2. 3. u. Luden Abh II. S. 375. n. 1. S. 392. n. 1.)

8) Auton. v. Speier b. Lehmann IV, 16. n. 8. 9. (vgl. 10) 15. Bamb. Stadtr. §. 156. 157. 166. vgl. Stadtbuch nr. 50. 54. 106 a. 109. 110 b. Zöpfl (vgl. S. 129. 130). Ruprecht II. c. 5. 6. Note 2 bei Maurer S. 272. vgl. I. c. 113. Rößler Prager Stadtr. Rb. 33. 35. 57. 74. Stat. 52. Münchn. Stadtr. 355. Enser Stadtr. 1212. c. 26. (Gaupp II. 223). Brünner Schöffenbuch (Rößler) nr. 272. 382. 485. 546. 709. 725 (S. 126. 173. 226. 259. 323. 330). Stadtr. nr. 52. 54 (S. 358. 359). nr. 69 (S. 360). Schöffensatz. nr. 218. (S. 399).

9) vgl. N. Rev. S. 474—477.

dieſe Anſicht auch vom kanoniſchen Rechte adoptirt worden ſei [1]). Denn die betr. Stelle [2]) legt nicht auf das Maß der äußeren Wirkſamkeit das Gewicht, ſondern auf den animus; ſie vermittelt alſo die deutſche Anſicht mit der römiſchen, indem ſie geringere Strafbarkeit für diejenigen ausſpricht, welche das Verbrechen nicht für ſich, als ihre That begehen, ſondern nur Andre in deſſen Begehung unterſtützen wollen. Wie ſehr das kanoniſche Recht gerade auf den animus des Theilnehmers als die Hauptſache ſah, zeigen ſeine Beſtimmungen über Anſtiftung, Genehmigung und doloſe Nichtverhinderung [3]). Weiter in's Einzelne geführt wurde der Vermittlungsprozeß durch die namentlich den einſeitig moraliſchen Standpunkt des kanoniſchen Rechts mehrfach beſchränkende italieniſche Doktrin, welche im Weſentlichen die Sätze aufſtellte, daß intellektuelle und phyſiſche Theilnahme zu unterſcheiden ſei; bei jener ſei Mandat und consilium zu unterſcheiden und erſteres ſtets, letzteres dann mit der poena ord. zu belegen, wenn der Thäter außerdem nicht zur That geſchritten wäre; bei der phyſiſchen Theilnahme ſeien Urheber und Gehilfen zu unterſcheiden, und bei letzteren wieder die den Urhebern gleichzuſtellenden, qui causam praebuerunt, von den übrigen. Uebrigens ſeien im Fall des Komplotts auch die letzteren den Urhebern gleich zu ſtrafen [4]). — Die P.G.O. ſpricht ſich mit Entſchiedenheit nur über Anſtiftung und Komplott aus, in welchen Fällen ſie den ſubjektiven Geſichtspunkt des römiſchen und kanoniſchen Rechts in ſich aufnimmt [5]). In Beziehung auf die Beihilfe dagegen ſagt ſie nur (Art. 177), daß ſie in einem Fall härter denn im andern beſtraft werden ſolle (nach dem Rathe der Rechtsverſtändigen). Die Beſtimmung iſt aber um ihrer Allgemeinheit willen einer ſehr verſchiedenen Auslegung fähig und daher auch wirklich theilhaftig geworden (ſ. §. 93. Anm. 2). Soviel iſt jedenfalls ſeitdem in Doktrin und Geſetzgebung Grundſatz geblieben, daß nicht alle Arten von Theilnahme ohne Weiteres gleich zu ſtrafen ſeien, wenn gleich mit ſehr bedeutenden Abweichungen im Einzelnen [6]). Damit hängen denn einige noch immer übliche Eintheilungen der Theilnahme zuſammen: a) Vertragsmäßige (verabredete) und nicht vertragsmäßige (nicht verabredete) [7]), welche Eintheilung allerdings wenigſtens relativ wichtig wird; b) Doloſe und kulpoſe (ſ. Anm. 1), verſuchte und vollendete (ſ. unten.) c) vorhergehende [8]), gleichzeitige und nach-

1) ſ. ſchon die ital. Praktiker, z. B. Gandinus de malef. R. de homicid. n. 7 und mehrere der bei Farin. qu. 130. n. 42 Angef. Mittermaier N. Arch. III. 145. n. Henke I. §. 76. n. 10. Schröter §. 149. Martin §. 82. n. 7. Luden Abh. II. 342. n. 3. Marezoll S. 186. n. 3. Ziegler Theilnahme S. 52. 53.

2) Cap. 6 X. de homic. (V. 12). vgl. Kress ad art. 177. Jarcke I. 222. n. 3. N. Rev. S. 477. 478.

3) Cap. 1. 3 de homic. in 6⁰ (V, 4). C. 5 de poenis in 6⁰ (V. 9). c. 6 §. 3. c. 18 X. de homic. (V. 12). — Csa. 2. qu. 7. c. 55. — Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. — c. 23 in 6⁰ de sent. excomm. (V, 11). vgl. Clar. §. fin. qu. 87. n. 3.

4) Gandinus l. c. J. Clarus §. fin. qu. 88—90. u. beſ. Farinac. qu. 96. 129—132. vgl. Damhouder c. 133.

5) Art. 107. 148. AM. Mittermaier im N. Arch. III. 145. 146. Luden Abh. II. 343—346. 367—369. ſ. dag. N. Rev. S. 477.

6) Das deutſche Recht unterſcheidet ſich hiedurch mindeſtens im Prinzip vom franzöſiſchen. Hélie II. p. 58—144. Rauter I. p. 204 sq.

7) Nebenher legten darauf ſchon die älteren ital. und deutſchen Schriftſteller Gewicht. Als Haupteintheilung erſcheint ſie bei Luden Abh. I. 453 f. ſ. jedoch Ziegler S. 56. 57. u. Luden ſelbſt Hdb. I. 443. n. 3. 4.

8) gegen Berner S. 167 f. Luden Hdb. I. 451. n. 1.

folgende (§. 91); besonders aber d) verschiedene Eintheilungen, die allesammt darin übereinstimmen, daß sie bloß quantitativer Natur sind, übrigens auf sehr verschiedene Art näher bestimmt werden, so namentlich: gleiche und ungleiche Theilnahme [1]), — concursus plenus und minus plenus [2]), concursus proximus und remotus [3]), Haupt- und Nebentheilnahme [4]).

1. Beihilfe.

§. 93.

Beihilfe ist die bewußte, absichtliche Unterstützung der Ausführung der verbrecherischen Absicht eines Andern. Wesentlich ist ihr daher stets die Selbstbestimmung zu einem Handeln, das ursprünglich durch einen Andern (den Urheber) bestimmt wird, mithin zu einem relativen Bestimmtwerden, Sichbestimmen lassen (§. 89). Unmittelbar tritt dies bei dem angestifteten Gehilfen hervor. Freier dagegen erscheint schon der selbständig hinzutretende Gehilfe, während die intellektuelle Beihilfe sogar den Uebergang zur Anstiftung macht. Immer setzt Beihilfe das Dasein eines Urhebers voraus, und ihr Begriff erscheint gegenüber dem der Urheberschaft als ein abgeleiteter und bestimmter, wenn auch keineswegs selbstloser. Die Beihilfe bildet einen geringeren Schuldgrad, eben weil der Gehilfe das Verbrechen nicht für sich begehen, sondern nur seine Begehung durch den Urheber auf irgend eine (wenn auch in concreto unentbehrliche) Weise fördern will. N. Rev. §. 135 [5]).

1) Die älteren italienischen und deutschen Kriminalisten (namentlich noch Carpzov) lassen den Begriffsunterschied zwischen Urhebern und Gehilfen noch

---

1) Böhmer med. ad art. 177. §. 2. Püttmann Elem. §. 50. Stübel Thatbest. §. 42. Erhard Hdb. d. churſächs. peinlich. Rechts. §. 95. vgl. Tittmann I. §. 104. Martin §. 78. n. 1. §. 81. n. 6. Henke I. §. 45.

2) Quistorp §. 55. 56. vgl. Grolman §. 32. Klein §. 139.

3) Stübel Thatbest. §. 19—31. Henke I. §. 45. Kleinschrod I. §. 198. Martin §. 78. vgl. Grolman §. 37. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 156 f. Lb. §. 50. Tittmann I. §. 104. Schröter §. 149. n. 1. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 87.

4) Klein §. 138. Kleinschrod a. a. O. Tittmann a. a. O. vgl. Luden Abh. II. 391 f. Martin §. 78 a. E. Feuerbach §. 44. Hefftter §. 82—84.

5) Liter. zu §. 89. Außerdem f. noch v. d. Kemp de eo qui delinqu. est socius. 1790. v. Kessenich de sociis in crimine. 1823. Gevers de sociis delinqu. 1824. Konopack im A. Arch. VII, 3. S. 297 f. Gönner Jahrb. I. 89 f. — Die Darstellung der Lehre bei Berner S. 209—268 kann nicht als eine Bereicherung der Wissenschaft und noch weniger als praktisch gelten. Abgesehen von der widersinnigen Benützung der Kategorieen der Substantialität und Kausalität überhaupt, ist es barock, die Beihilfe unter beiden figuriren zu lassen, ohne daß sie dabei an ihrer Natur das Mindeste ändert. Der Abschnitt: Anstiftung zur Beihilfe ist ein mühsames Konglomerat von lauter Wiederholungen. Der weitere: intell. Beihilfe steht aber als selbständiges Glied ebenso unberechtigt da ꝛc. ꝛc.

ganz auf ſich beruhen [1]), wie ſie auch die phyſiſche und die intellektuelle Beihilfe meiſt noch abgeſondert von einander beſprechen [2]). Sie nehmen die Begriffe noch unbefangen aus dem gemeinen Leben auf, und ſtellen dem Thäter die auxiliatores entgegen. Von dieſen fragen ſie dann, ob ſie alleſammt mit der poena ordinaria zu belegen ſeien oder nicht? Abgeſehen nun von der Beihilfe nach der That, von der ſie bereits ganz richtig einſahen, daß ſie nach eigenthümlichen Grundſätzen beurtheilt werden müſſe (§. 91. Anm. 1), entſchieden ſie ſich dahin, daß bloße auxiliatores geringer zu ſtrafen ſeien, als die facientes, jedoch nur dann, wenn ihre Thätigkeit nicht ſelbſt causam praebens geweſen ſei [3]). Hiebei hat es im Weſentlichen auch Karpzov gelaſſen, nicht ohne Widerſprüche im Einzelnen [4]). Ebenſo halten auch Spätere an dem Grundſatz feſt, jedoch mit verſchiedenen Abweichungen. So will z. B. Kreß die Beihilfe ante delictum nie als auxilium cooperativum betrachtet wiſſen, Berger dagegen will es, und Böhmer meint, Beihilfe in ipso actu werde in der Regel concursus proximus ſein [5]). Seitdem man nun philoſophiſche Studien auf das Strafrecht anzuwenden anfieng, gieng man wenigſtens inſofern weiter, als man ſich zu dem allgemeineren Begriff der Theilnahme oder Mitſchuld erhob und innerhalb des Kreiſes der Mitſchuldigen ſofort socii aequales und inaequales, concursus proximus und remotus, concursus plenus und minus plenus, causae principales und secundariae, Miturheber u. Gehilfen, Haupt- u. Nebentheilnehmer unterſchied [6]). In dieſen Wirrwarr von Bezeichnungen und Vorſtellungen ſuchte Stübel Ordnung zu bringen, übrigens ganz an dem Prinzip der abſtrakten objektiven Kauſalität feſthaltend [7]). Er unterſchied nahe Theilnahme (Urheberſchaft) und entfernte (Beihilfe), und rechnete zu erſterer alle bei und während der Verübung des Ver-

1) AM. Roßhirt Entw. S. 253. Ziegler S. 52. n. 3. ſ. dag. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 26—36. Hefſter §. 83. n. 3. §. 84. n. 2.

2) ſ. Clarus §. fin. qu. 88. 90. Farinac. qu. 129—132. vgl. Carpzov. qu. 87. n. 2.

3) Dabei waren freilich noch Streitigkeiten über actus proximi und remoti, causae proximae und remotae u. dgl. Indeſſen ſtellte ſich die communis opinio dahin feſt, daß es darauf ankomme, ob der Thater ohne die Beihilfe die That hätte vollbringen können oder nicht? ſ. die Liter. bei Farinacius qu. 130. n. 42 sq. qu. 131. n. 40 sq. vgl. Damhouder c. 133. n. 3.

4) qu. 37. n. 61. vgl. qu. 87. n. 10 sq. Hier fordert er bei der Beihilfe vor der That zweierlei: ein auxilium actui proximum und ein aux. cooperativum. Bei der Beihilfe in ipso actu dagegen verwirft er die Diſtinktionen des Farin. (n. 33), ſtellt ſie aber gleich darauf (n. 33. 34) ſelbſt auf, ja er fordert hier zur poena ord. ſogar nicht bloß ein aux. cooperativum, ſondern ſogar ein Komplott! vgl. noch qu. 89. n. 48 sq.

5) Kress ad art. 177. p. 646. Berger Electa I. p. 10. 11. Böhmer Med. ad art. 177. §. 8. Quiſtorp §. 56. vgl. Muyart de Vouglans und Jousse b. Hélie II. 86 citt.

6) Böhmer l. c. Quiſtorp §. 54—56. Schmidt de concursu, 1784. Eisenhardt de vera crim. socii not. p. 55. Püttmann Elem. §. 50. Chr. F. G. Meister princ. §. 41. G. J. F. Meister princ. §. 41 sq. Westphal de consortib. §. 26. Klein Grundſ. §. 138. Kleinſchrod I. §. 198.

7) Thatbeſtand §. 29—31. 36—38. 40. 43—54. In ſeiner ſpäteren Schrift ſchließt er ſowohl Begünſtigung als Nichtverhinderung von der Mitwirkung aus, giebt aber andererſeits dieſer noch einen größeren Umfang als früher, ſo daß für die Beihilfe nur noch ein wunderlich abgeſparter Reſt übrig bleibt. Theilnahme §. 36. 37. 39—44.

brechens geleistete Thätigkeit (als mitwirkende Ursache); auch die entfernte Theilnahme soll aber in Urheberschaft übergehen, wenn von ihr die physische Möglichkeit der Vollbringung eines Verbrechens abhänge und in dem entfernten Theilnehmer die nothwendige Ursache desselben liege, daher ferner volle und nicht volle, oder Haupt- u. Nebentheilnahme unterschieden und als Beihilfe nur noch die entbehrliche Herbeischaffung von Mitteln od. Hinwegräumung von Hindernissen (nebst der Begünstigung) übrig gelassen wurde. — Gegen diese aus einem richtigen Bewußtsein über die Natur der Nothwendigkeit im Endlichen entsprungenen, aber auf halbem Wege stehen gebliebenen Bestimmungen wurde von Mehreren polemisirt [1]), relativ mit Recht, aber doch wieder unrichtig insofern, als die Gegner selbst von der Fessel des Prinzips der abstrakten objektiven Kausalität sich mehr oder weniger nicht loszumachen wußten. Mit äußerster Schroffheit, aber freilich nicht ohne manche Widersprüche, wurde dieser Gesichtspunkt bei der Theilnahme überhaupt neuerdings wieder durchzuführen gesucht von Luden, der jedoch einige der auffälligsten Behauptungen neustens selbst zurückgenommen und sich der richtigen Ansicht um ein Gutes genähert hat [2]). Alle diese Auffassungen haben den gemeinsamen Mangel, den Unterschied von Urheberschaft u. Beihilfe (voller u. nicht voller Theilnahme) nach bloß quantitativen Momenten bestimmen zu wollen [3]) und hiebei die Natur der Nothwendigkeit in der Sphäre des Endlichen zu verkennen. Wie schon der Begriff der Urheberschaft an sich nicht lediglich nach dem Prinzip der objektiven Kausalität und mit Abstraktion von der Subjektivität sich bestimmen läßt (§. 90. Anm. 2), so — und noch viel weniger ihr Unterschied von der Beihilfe. Soll bloß die größere oder geringere äußere

---

1) Feuerbach Revis. II. 263 ff. Lb. §. 44. 45, kommt über den Unterschied von Haupt- und Nebenursache nicht hinaus, und hilft sich durch die Aufstellung des „Hauptgehilfen-Urheber" (vgl. Kleinschrod I. § 198. Grolman §. 38. Henke I. §. 45). Oersted Grundreg. §. 27 berührt ganz richtig das punctum saliens, kommt aber über die obj. Kausalität nicht hinaus und will endlich Beihilfe vor der That geringer, bei der That mit der poena ord. gestraft wissen. Auch Tittmann N. Arch. II. 374 ff. u. Hdb. I. §. 101. 102. 104 kann sich von der fraglichen Abstraktion nicht losmachen. Ebenso Jarcke I. §. 36. (s. jedoch S. 224). Salchow Darstellung I. §. 44—52. 118 (der übrigens der richtigen Auffassung sehr nahe kommt), Martin §. 79—81 (der soweit geht, den Urheber als in concreto unentbehrliche Ursache zu definiren, wodurch alle Beihilfe in Miturheberschaft aufgelöst würde), Marezoll S. 121. n. 1. S. 125. n. 2. Roßhirt Entw. S. 258 ff.

2) Abh. II. 332—395. s. dag. Ziegler S. 60. n. 1. (unklar). Berner S. 311—328. N. Rev. S. 470—472. 522—529. vgl. Luden Hdb. I. 436. n. 2. S. 462. n. 2. S. 470—474, s. aber auch S. 350. n. 3. Wenn er übrigens seine wunderliche Theorie von der Entstehung aller Theilnahme durch Aneignung einer fremden Absicht aufgegeben hat, so ist es ihm (Hdb I. 435—438) geglückt, eine kaum minder sonderbare an ihre Stelle zu setzen. Subjektiv, sagt er, seien Urheber und Theilnehmer gleich schuldig, weil beide das Verbrechen nur durch verschiedene Mittel hervorbringen wollen. Allein objektiv bestehe der Unterschied darin, daß der Urheber causa des Erfolgs sei, der Theilnehmer dagegen nicht („nicht wirklich, nicht objektiv, sondern nur subjektiv, in seiner Vorstellung, seiner Erwartung, daß der Andre infolge der Theilnahmehandlungen das Verbrechen wirklich hervorbringen werde"). Nunmehr soll also die Beihilfe sogar nicht einmal mehr Nebenursache, mittelbare, sondern ganz und gar nicht mehr Ursache, d. h. der Gehilfe soll wegen nuda cogitatio, wegen eines Irrwahns strafbar sein.

3) In diesem Labirinthe treiben sich auch die französischen Schriftsteller noch immer herum. s. z. B. Rossi II. c. 34 sq. Hélie III. 68—94.

Wirksamkeit für den Erfolg entscheiden, so entsteht ein Progreß in's Unendliche, dem nur die Willkühr Grenzen stecken kann. Die einzig schickliche Grenze wäre die Unterscheidung zwischen der Unentbehrlichkeit oder Entbehrlichkeit der That in concreto. Allein auch diese beruht auf Willkühr [1]). Denn bei einem bestimmten Erfolg ist ebensowohl Alles nothwendig, wie Alles zufällig. Auch hat die Praxis gezeigt, daß mit jenen quantitativen Bestimmungen Urheber in Gehilfen und Gehilfen in Urheber verwandelt werden [2]); und die Auskunft [3]) mit Aufstellung eines Hauptgehilfen ist, abgesehen von ihren sonstigen Mängeln [4]), eben auch nur eine Konsequenz eines falschen Prinzips. Vielmehr ist jene ganze falsche Abstraktion aufzugeben und der Unterschied des Gehilfen vom Urheber auf die im §. angegebene Weise zu bestimmen [5]). Der Gehilfe will nur die Ausführung einer fremden Absicht befördern, ohne diese Absicht sich selbst anzueignen [6]). —

2) Daß die Beihilfe einen geringeren Schuldgrad bildet, als die Urheberschaft, liegt in dem eben Ausgeführten [7]). Zugleich ergiebt sich eben daraus, daß es unrichtig ist, die römischrechtliche Gleichstellung der Urheber und der Gehilfen in der Strafe aus dem subjektiven Standpunkte überhaupt abzuleiten [8]). Sie folgt nur aus der abstrakten (von der Objektivität ganz absehenden) Festhaltung dieses Standpunktes bei den Römern [9]). Ebensowenig läßt sich die geringere Strafbarkeit des Gehilfen aus dem abstrakt objektiven Standpunkt, wie ihn das germanische Recht einnahm, bewähren [10]). Vielmehr führt dieser Standpunkt, in seiner Abstraktion folgerichtig festgehalten, sogar unaufhaltsam zu dem andern Extrem, wie es im römischen Recht vorliegt, hinüber [11]). Auch ist das deutsche Recht auf jenem unreifen Standpunkte keineswegs stehen geblieben,

---

1) s. Stübel selbst (Theilnahme). Tittmann im N. Arch. II. 377 ff. Henke I. §. 45.

2) v. Gönner Jahrbücher I. 79 ff.

3) Dieselbe erscheint bei Feuerbach mit Beziehung auf §. 46. n. 2. als ein Lurus.

4) Schröter §. 135. n. 2. Salchow Darstellung I. §. 48. 118. Kleinschrod I. §. 198. Grolman §. 38. Luden Hdb. I. 471. n. 3. Mit Unrecht schließt sich Hefftter §. 83. n. 3. an Feuerbach und an Gandinus. s. auch Mittermaier n. 4. z. F. §. 44. Oersted Grundreg. S. 189 f. Bauer Abh. I. 458. vgl. Hufnagel I. 151—153. Morstadt n. 4. z. F. §. 44.

5) Henke I. §. 45. 76. Wächter I. S. 147. 148. Abegg S. 117. 118. (s. aber §. 74!) Hefftter §. 84. 98. Bauer Abh. I. 427—429. Müller p. 31—54. Ziegler S. 60—62. 66. 67. Collmann die Lehre vom Strafr. als Theil der Judizialie. S. 123. Berner S. 234—238. 319—352. N. Rev. S. 465—470. s. auch Zachariä N. Arch. 1851. S. 216. v. Bothmer Erört. II. 131.

6) Unbegreiflich ist, wie Luden Abh. II. 363. n. 1. hiegegen l. 50. §. 1. l. 54. §. 4 D. de furt. (47. 2) anführen mag! Gegen ihn und Stübel Theilnahme S. 93—95 s. N. Rev. S. 471, wornach die von Berner S. 211 preisgegebene Belehrung überflüssig erscheint.

7) N. Rev. S. 471. Breidenbach I, 2. S. 354. 355.

8) so Schröter §. 148. n. 1. Luden Hdb. I. 437. n. 3.

9) Dies ist bei Berner S. 323. 324 nicht gehörig in's Klare gesetzt.

10) Luden Hdb. I 345. n. 7. 8. S. 435. 436 und Abh. II. 392. n. 1. vgl. S. 364 ff. s. dag. N. Rev. S. 474 ff.

11) v. Schirach im N. Arch. III. 415 f. vgl. die interessante Bem. von Stübel Theilnahme S. 67. Tittmann N. Arch. II. 374 f. Oersted Grundreg. S. 189 ff. Breidenbach I, 2. S. 214.

um so weniger, da sich die Vermittlung schon im kanonischen Rechte angebahnt fand (§. 92. Anm. 2). Zwar hat nun die italienische Jurisprudenz vor — und die deutsche nach der P.G.O. gleichwohl noch immer größtentheils nach dem abstrakt objektiven Standpunkt hin gravitirt (s. o.), und von der P.G.O. selbst (Art. 177) läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, ob sie eben dieser Ansicht gehuldigt oder den reineren Gedanken des kanonischen Rechts habe fixiren wollen [1]). Jene Zeitansicht scheint in andern gleichzeitigen Reichsgesetzen anerkannt zu sein [2]). Auch ist ausnahmsweise in der P.G.O. und andern Reichsgesetzen selbst die gleiche Bestrafung aller Arten von Theilnahme noch erhalten geblieben [3]), desgleichen in Statuten [4]), wogegen andre auch wieder Unterschiede in der Bestrafung in verschiedenen Modifikationen machen [5]). Im Cod. Max. I. 12. §. 6. 7. und in der Theresiana Art. 3. §. 10. 11. herrscht entschieden das Prinzip der objektiven Kausalität und zwar so, daß eine Beihilfe bei der That selbst unbedingt als auxilium causam dans angesehen und der Hauptschuld gleichgestellt zu werden scheint [6]), wogegen bei der Beihilfe vor der That aux. cooperativum und non cooper. unterschieden und letzteres geringer bestraft wird. Am nächsten daran, die wahre Konsequenz des rein objektiven Standpunkts, d. h. die gleiche Strafbarkeit aller Theilnehmer zu ziehen, war das preuß. A.L.R. [7]) Prinzipiell ausgesprochen [8]) tritt diese Konsequenz hervor im östreich. GB., wie im Code pénal, wenn auch allerdings sofort bei den einzelnen Verbrechen mancherlei Ausnahmen gemacht werden [9]). Im Bair. GB. trat sofort die Feuerbachische Theorie in's Leben, jedoch nur theilweise, sofern der Hauptgehilfe unter die Urheber aufgenommen wurde, wogegen die bei F. §. 46. n. 2. heraus-

---

1) Die Ansichten sind darüber sehr verschieden. s. z. B. Mittermaier N. Arch. III. 145. 146. v. Schirach eb. S. 427. Schröter §. 149. Henke I. §. 76. n. 10. Martin §. 82. n. 7. Luden Abh. II. 342. n. 3. Hdb. I. 436. n. 1. Marezoll S. 186. n. 3.

2) s. z. B. Reichsabsch. 1526. §. 8. „sonderliche Förderer".

3) P.G.O. Art. 128. Landfrieden 1522. §. 8, — 1548 pr. §. 2. Tit. 16. §. 1. RA. 1555. §. 46. RA. 1594. §. 41.

4) Churfächs. Konstit. IV. 39. Wirt. Gesetze b. Gerstlacher II. 13. 15. 18. 165.

5) Churfächs. Konstit. IV. 14.

6) vgl. Ther. §. 12, wo dies sogar von der vorher zugesagten Begünstigung ausgesprochen wird (ebenso C. Max. §. 8). Doch legt die Th. §. 11 das Gewicht richtig auf die Absicht. Bei den einzelnen Verbrechen kommt ferner nicht selten eine geringere Strafe auch der gleichzeitigen Beihilfe vor. s. z. B. Art. 56. §. 1 Abs. 3. Art. 57. §. 2. Art. 62. §. 4. Art. 63. §. 7. Art. 65. §. 5 ꝛc. Der C. Max. definirt §. 7. die Beihilfe in ipso actu als Komplott, könnte daher ein auch gleichzeitiges aux. non cooperativum doch wohl nur unter §. 6 stellen (?). vgl. die Anm., die sich ausdrücklich auf Kress berufen, freilich aber auch zu §. 7 den Art. 177 der P.G.O. citiren.

7) II, 20. §. 64. 71. 72. 74. Hiernach kommt bloß eine „überflüssige" Beihilfe mit geringerer Strafe weg. vgl. Collmann Lehre vom Strafr. S. 123.

8) Mit Unrecht halten sich dagegen auf Kitka Zus. treffen ꝛc. S. 1. 2. Berner S. 214 Note *. Hye S. 233. n. **.

9) Hye a. a. O. vgl. Jenull I. 183. 184. II. 226. 227. Hélie II. p. 96. Das englische Recht ähnelt dem bisher in der deutschen Doktrin herkömmlichen, was die physische Theilnahme betrifft, insofern es Beistand in ipso actu stets als prinzipiale, und nur Beistand vor oder nach der That als accessorische Theilnahme betrachtet, übrigens weder jene stets mit der poena ord., noch diese stets geringer bestraft. Stephen Summary p. 7—18.

gehobenen Miturheber formell unberücksichtigt blieben [1]). Abgesehen davon ist der Begriff der Beihilfe (Art. 73) richtig bestimmt. Dem Bair. GB. folgen im Wesentlichen das Wirtemberg. [2]), Hannövr. [3]), Hess. [4]) und Badische [5]). Gerade deshalb aber, weil diese Gbücher den Begriff der Beihilfe ganz richtig aufstellen, sind die Bestimmungen über den Hauptgehilfen offenbare Inkonsequenz [6]). — Eine völlig abweichende Behandlung findet sich im sächs., thüring. und im braunschweigischen GB. [7]). Diese verwerfen geradezu die hier als allein richtig aufgestellte, subjektiv motivirte Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe [8]), und fallen vielmehr (nach dieser Seite hin) [9]) ganz in die alte Abstraktion der objektiven Kausalität zurück, indem sie annehmen, daß alle gleichzeitige Mitwirkung eo ipso gleiche Theilnahme (Miturheberschaft) sei, von Beihilfe also überall nur vor der That die Rede sein könne (und auch hier nur in Ermanglung eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Komplotts). Abgesehen nun von vielen andern Mängeln dieser Behandlungsweise [10]), ist sie vor Allem höchst ungerecht, sofern sie den, welcher bloß die Absicht eines Andern befördert, zum Miturheber stempelt [11]). Sie ist aber ebenso innerlich widerspruchsvoll, indem sie einerseits die in abstracto gleiche Strafbarkeit der sog. gleichen Theilnehmer im Gegensatz zur zufälligen Theilnahme auf eine mindestens zu präsumirende Wirkung von Willen auf Willen gründet [12]), andrerseits aber gerade in der vorliegenden Frage das Verhältniß der Willen ignorirt. Endlich ist sie unpraktisch; denn sie läßt den Richter völlig im Stich in solchen Fällen, wo eine gleichzeitige Beihilfe ohne Wissen des Urhebers

---

1) Art. 45. II. vgl. Luzern. GB. Art. 43. Zürich. §. 49. (Es ist gleichviel, ob der Beistand vor oder bei der That stattstand, in abstr. oder in concr. unentbehrlich war.)

2) Art. 75. 84. 85. Hufnagel I. 151—153. III. 85. 86. 644. StrafGB. m. Anm. S. 80 f. s. jedoch Ges. 13. August 1849. Art. 13. 16. vgl. Wächter N. Arch. 1834. S. 325 ff.

3) Art. 57. 66. sehr konfus und jedenfalls vom bair. GB. relativ abweichend. Leonhardt I. S. 238. 239. 258—260. vgl. Bauer Anm. I. 418 f. 427 f. v. Bothmer Erört. II. 134.

4) Art. 73. 83. Breidenbach I, 2. S. 361 f., wo jedoch über das Wirt. Recht unrichtig gesprochen u. das Erforderniß der Wissenschaft um die Unentbehrlichkeit unrichtig verneint ist.

5) §. 131—136. 139 (hier jedoch bloß fakultativ). Thilo S. 155. 156. s. auch kurhess Entw. §. 124. 127.

6) N. Rev S. 470. Berner S. 217—219. vgl. Erachten f. Mecklenb. S. 131 (s. jedoch S. 138). Eigenthümlich ist das wadtl. GB.; es rechnet zu den auteurs den Thäter und alle direkt Mitwirkenden, sowie den Anstifter, dagegen zur complicité außer der Beihilfe und versprochenen Begünstigung auch die ausdrückliche und direkte Anreizung (exciter, provoquer) zum Delikt.

7) Sächs. GB. Art. 33. 37. (Weiß S. 167—174. 182.) Braunschw. §. 42—46. Thüring. Art. 31. 35. vgl. Häberlin I. S. 72—80. s. dagegen den neuen sächs. Entw. Mot. vor Art. 49.

8) s. die Braunschw. Mot. (b. Breym.) S. 205. vgl. Breidenbach S. 355. n. 3.

9) In Beziehung auf Komplott u. A. huldigen sie dann freilich dem subjektiven Gesichtspunkt fast im Ueberfluß.

10) Hermann Beurtheilung ꝛc. S. 92 f. Breidenbach I, 2. S. 217. 218. vgl. Wächter Abh. I. 291 ff. Zachariä N. Arch. 1851. S. 212—216. Krug Studien I. 72 f.

11) Wächter im N. Arch. 1834. S. 325 f. N. Rev. S. 471. 478.

12) Braunschw. Mot. (Breym.) S. 204. Weiß S. 169.

geleiſtet wird, mithin nicht einmal von der Präſumtion einer ſtillſchweigenden Uebereinkunft die Rede ſein kann [1]). — Neuſtens hat das preuß. GB. [2]) es vorgezogen, auch in dieſer Frage den Code pén. zum Muſter zu nehmen, jedoch mit Modifikationen, und nicht mit glücklichen. Abgeſehen nämlich davon, daß der Code am betr. Orte ſtrikt interpretirt wird (was wenigſtens nach §. 34 no. 1. des preuß. GBs. nicht ſtattfinden kann) [3]), enthält das franz. GB. eine ganze Reihe ſpezieller Ausnahmen von ſeiner ſtrengen Regel, und überdies binden ſich ſeit dem Geſetze v. J. 1832 die Gerichte überhaupt nicht mehr an dieſe [4]). Dagegen läßt das preuß. GB. eine gelindere Beſtrafung der Beihilfe nur innerhalb der Strafrahme für die Urheber, und ausnahmsweiſe (!) eine noch gelindere bei Verbrechen zu, worauf Tod oder lebensl. Zuchthaus ſteht. Dazu kommt aber noch, daß ſelbſt dieſe ſpärliche Konzeſſion ſich nur auf diejenigen Gehilfen bezieht, die nicht als Hauptgehilfen erſcheinen, und daß Haupthilfe nicht in dem engeren Sinne des Wirt., Heſſ. u. Badiſchen, ſondern in dem weiteren Sinn des Bair. GBs. genommen zu werden ſcheint [5]). Auch das Wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 13 hat zwar die franz. Regel adoptirt, aber ausdrücklich beigefügt, daß die Gehilfen geringer als die Thäter (unter der Strafrahme) geſtraft werden können [6]), und zwar ohne hiebei die ſogen. Hauptgehilfen auszunehmen, daher der richtigen Auffaſſung des Unterſchieds von Urheberſchaft und Beihilfe hier geſetzlich nichts im Wege ſteht.

3) Beihilfe kann, wie wahre Theilnahme überhaupt, nur abſichtlich geleiſtet werden (§. 92. Anm. 1). Was hie und da irrthümlich als kulpoſe Beihilfe bezeichnet wird [7]), kann, wenn es überall ſtrafbar iſt, immer nur als ſelbſtändiges kulpoſes Vergehen beſtraft werden, wobei die Handlung des Urhebers lediglich als vorausſehbares Ereigniß in Betracht kommt. Auch bilden wohl derlei Handlungen eigene Polizeivergehen [8]). Im poſitiven Recht ſteht der

---

1) ſ. auch Luden Hdb. I. 443. n. 3. Brackenhöft im N. Arch. 1840. S. 414. n. 5 a. E. Der ſächſ. Entw. führt das richtige Prinzip rein durch.

2) §. 34. 35. Beſeler S. 151—165. Temme Gl. S. 99 ff. Ebenſo der bair. Entw. Art. 41 ff.

3) § 34, 2 läßt dagegen allerdings eine ſolche zu, wenigſtens den Worten nach. In der That hält auch Goldtammer I. 326 jede Beihilfe für ſtraflos, die nicht erweislich wirkſam geworden iſt. Mit Unrecht beruft er ſich aber hiefür auf Hélie II. 107—109, und überſieht, daß er damit alle nicht in concr. weſentliche Beihilfe ſtraflos macht!

4) Hélie II. p. 121. 122.

5) Beſeler S. 159. 160. Goldtammer I. 324—326 legt allerdings die weſentliche Hilfe als in concr. unentbehrliche aus, gleichviel wenn ſie ſtattgefunden hat, verneint aber, daß der Gehilfe dieſe Eigenſchaft ſeiner Thätigkeit gekannt haben müſſe. vgl. Temme S. 105. 106 (der willkührliche Anſprüche an das nobile officium des Richters macht).

6) Ebenſo der bair. Entw., der milder iſt, als die Motive ihn erklären (nur unter die Strafart darf nicht gegangen werden). Vor dem StrafGB. beſtraften die Wirt. Gerichte auch den Hauptgehilfen ſtets geringer, als den Thäter. Knapp Wirt. Krim R. S. 87.

7) ſ. Quiſtorp, Tittmann, Vorſt, Hepp und beſ. Luden bei §. 92. Anm. 1. citt. Dagegen die communis opinio. ſ. namentlich auch Martin §. 81. n. 2. Marezoll S. 127 ob. Berner S. 212—214. N. Rev. S. 502—504. Gegen die Anm. z. bair. GB I. 203. 204 ſ. Arnold im N. Arch. 1843. S. 250. 251.

8) z. B. Verkauf von Gift, verbotenen Waffen ꝛc.

fragliche Satz unbezweifelt fest [1]). Uebrigens geht aus der Natur des dolus hervor, daß keineswegs der spezielle Vorsatz, mittelbar den Erfolg hervorbringen zu helfen, erforderlich ist, sondern das Bewußtsein genügt, daß die Handlung zur Realisirung der Absicht des Urhebers dienlich sei [2]). — Ebensowenig giebt es eine Beihilfe zu einem kulposen Verbrechen [3]) und noch weniger eine kulpose Beihilfe zu einem kulposen Delikte [4]). Ersteres läuft auf ein absurdum hinaus, da ja der kulpose Urheber gerade eine nichtverbrecherische Absicht hat. — Eine ganz andre Frage ist, ob nicht ein wirklicher (doloser) Gehilfe nebenher auch wegen culpa verantwortlich werden könne? [5]) (s. u.).

4) Die Beihilfe ist accessorischer Natur; sie darf aber gleichwohl nicht schlechthin als accessorium behandelt werden, wenn nicht der Gehilfe zum selbstlosen Werkzeug herabgewürdigt werden soll [6]). — Aus dem ersten Satze folgt, daß sich Beihilfe ohne Urheberschaft nicht denken läßt, wogegen es durchaus falsch ist, wenn behauptet wird, die Beihilfe müsse überall straflos sein, wo der Urheber straflos bleibe [7]). Beihilfe zu einem Verbrechen setzt natürlich ein Verbrechen voraus, wozu geholfen wird. Von strafbarer Beihilfe kann daher nicht die Rede sein, wo die rechtsverletzende Haupthandlung, obgleich absichtlich begangen, infolge vorhandener Rechtfertigungsgründe nicht als Verbrechen erscheint; — so in den §. 15 erörterten Fällen [8]), desgleichen bei der Nothwehr (§. 29. Anm. 3), beim wahren Nothstand (§. 37), beim Selbstmord (§. 36). Was dagegen die Gründe der Tilgung der Strafbarkeit betrifft, so kommt zwar die Abolition [9]) nothwendig auch den Gehilfen zu gut, nicht aber auch die Straflosigkeit des Hauptverbrechens wegen Todes oder Begnadigung [10]). Inwieweit es mit der Freisprechung des Thäters der Fall sei, war eine schon von den alten Italienern vielfach erörterte Frage [11]). Sie entschieden aber im Wesentlichen

1) L. 53 §. 2 D. de V. S. (50. 16). C. 6 §. 2 X. de homic. (V. 12). P.G.O. Art. 177 und sämmtliche neueren Gbücher. (Mit Unrecht nimmt Luden das bair. aus, da Art. 46, 2 gar nicht von Beihilfe handelt.) s. bes. Wolff b. Thilo S. 152. 153.

2) L. 50 §. 1 L. 54 §. 4 D. de furt. (47. 2). Kitka S. 61—69. Hufnagel III. 102. 103. Borst N. Arch. VII. 691—693 zieht hier den „dolus indirectus“ zur Hilfe bei. Ganz unrichtig forderten Aeltere zur Beihilfe beim Diebstahl animus lucri, Carpzov qu. 87. n. 8 wenigstens zur poena ord. s. dag. Luden Hdb. I. 449. n. 12. vgl. übr. noch Roßhirt Entw. S. 257.

3) s. zwar hess. GB. Art. 83. vgl. dag. Breidenbach I, 2. S. 356. 357. A. M. Luden Hdb. I. 440. 441., der sich mit Unrecht auf Bauer beruft (dieser Abh. I. 432 spricht vom Anstifter). Wolff a. a. O.

4) Nur hierauf bezieht sich das Beispiel bei Luden n. 5. Ein kulposes Vergehen kann hier allerdings vorliegen; aber nur als Beihilfe kann es nicht bezeichnet werden.

5) Auch über die von Breidenbach S. 357 c. angeregte Frage s. u.

6) A. M. Berner S. 207–211. 219. 220.

7) So Berner S. 220. s. dag. Brackenhöft im N. Arch. 1810. 410—433.

8) Zum Theil A. M., jedoch nur für einen Fall, ist Brackenhöft S. 425. n. 27.

9) Hefftter §. 184. n. 9. Hélie II. 117. bei Gehilfen wird die Verjährung selten einen Unterschied vom Urheber zu ihrem Nachtheile hervorrufen. vgl. Bair. Strafger. III. 1 f. (bei intellekt. Beihilfe kann es vorkommen).

10) s. schon August. ad Ang. §. dicto malef. n. 21. vgl. Konopack N. Arch. II. 288 f.

11) Diese behandeln sie in der Regel in Beziehung auf alle Arten von Mitschuldigen gleicher Weise. s. Angel. u. Aug. l. c. n. 20. 21. und §. et Sempronium n. 40. Decian. tr. crim. IX. 33. n. 7. Menoch. arb. quaest. II. c. 351.

ganz richtig bejahend für den Fall, wo ausgesprochen sei, nullum delictum esse commissum, verneinend dagegen, wenn nur der principalis für non culpabilis erklärt sei [1]). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Haupttäter unzurechnungsfähig (z. B geisteskrank) [2]), aber vom Gehilfen für zurechnungsfähig gehalten war. (Hätte der Gehilfe die Unzurechnungsfähigkeit des Thäters gekannt, so würde er an die Stelle des Urhebers treten) [3]). Ebensowenig kann aber die Strafbarkeit der Beihilfe dadurch ausgeschlossen werden, daß der zurechnungsfähige, zum Verbrechen entschlossene Haupttäter mit der Ausführung seiner Absicht noch nicht in das Stadium des strafbaren Versuchs vorgerückt (resp. vom Versuche freiwillig wieder abgestanden) ist [4]). — Höchst oberflächlich ist ferner die weitere, gleichfalls aus der accessorischen Natur der Beihilfe abgeleitete Behauptung: daß der verbrecherische Charakter der Beihilfe sich zunächst [5]) ganz nach dem individuellen Charakter des Hauptverbrechens richte [6]). Hält man diesen Satz konsequent fest, so folgt daraus, a) daß die Beihilfe überall auch in solchen Fällen strafbar ist, wo der Gehilfe als Urheber das Verbrechen überall nicht hätte begehen können (z. B. Unterstützung eines reinen Dienstvergehens von Seiten eines Nichtangestellten), b) daß die Beihilfe ganz nach dem Typus des vom Urheber begangenen Verbrechens gestraft werden muß, wo der Gehilfe zwar als Urheber das Verbrechen hätte begehen können, aber nur das Verbrechen in genere, d. h. nicht in derjenigen strafschärfenden oder strafmildernden Weise, in welcher es vom Urheber vermöge der besondern Verhältnisse begangen wird, in denen er zum Gegenstand des Verbrechens steht (z. B. Beihilfe eines extraneus zu Verwandtenmord oder Familiendiebstahl), c) daß dasselbe auch dann geschehen muß, wenn nur in der Person des Urhebers strafschärfende oder strafmildernde

---

n. 12 sq. Farinac. qu. 129. nr. 100. qu. 131. n. 61. 62. qu. 135. n. 33. vgl. die heutige französ. Praxis b. Hélie II. 119. 120. Hefftter §. 182. n. 2. (zu allgemein). Besonders bestritten war, welchen Einfluß ein Kontumazialurtheil gegen den Urheber habe. Clar. §. fin. qu. 90. n. 6. und Bajard. ib.

1) Nach eben diesem Prinzip entscheidet das römische Recht in einem jetzt in der Regel in dieser Weise nicht mehr praktischen Falle. l. 36 §. 1 D. de furt. (47. 2). §. 12 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). Brackenhöft S. 418. 419. s. auch Code p. art. 380. Preuß. GB. §. 228. Hye S. 250. 251. Not. (Oestr. GB. §. 5. 189.)

2) Andere Fälle der Unzurechnungsfähigkeit werden nicht praktisch sein.

3) Eben dies gilt von den bei Breidenbach I, 2. S. 357 c. angef. Fall (wo der Thäter im fakt. Irrthum ist).

4) Schröter §. 146. Bauer Abh. I. 459. N. Rev. S. 508. A. M. Berner S. 219—221. Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 83. 84. Zachariä eb. 1851. S. 217—221. Hepp 1848. S. 268. 297 ff.

5) Ueber generelle und spezielle Gehilfen (resp. Theilnehmer) s. Konopack im A. Arch. VII. 297—331 (die dort angef. Definitionen von Stübel, Stelzer ꝛc. gehören gar nicht hierher; ebensowenig Koch instit. §. 43 a). Klein Grundsz. §. 138 (?). Feuerbach §. 52. Grolman §. 33 a. §. 36. Wächter §. 89. n. 80. §. 90. n. 85. Werner Hdb. §. 252—256. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. 304—317. Roßhirt Ztschr. f. Civ. und Krim. R. III. 137 f. Bauer Lb. §. 74. n. b. c. Schröter §. 140. n. 3. Abegg S. 118 (?). Brackenhöft a. a. O. Hefftter §. 81. 98. 255. n. 5. Marezoll S. 188. Berner S. 207—211. 239. 240. Luden Hdb. I. 448—450. Temme Beitr. z. preuß. Strafr. nr. 1. E. Kleinschrod üb. d. Bestraf. d. gener. Beihilfe 1848. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 518 f. Mittermaier not. z. F. §. 52. N. Rev. S. 494—502.

6) Entschieden hiefür sind bes. Konopack, Berner, Luden, Bauer Abh. I. 460. 461. Kitka S. 21—34. Breidenbach, Temme Glossen S. 101, 102,

Gründe vorhanden ſind (z. B. Rückfall, Jugend) [1]). — Die letztere Konſequenz erſcheint nun aber doch manchen von den Vertheidigern des fraglichen Satzes gar zu auffallend, als daß ſie ſolche annehmen möchten. Sie machen daher eine Ausnahme für den Fall c), während ſie es für die beiden andern, oder doch für b) bei der Regel laſſen [2]). Allein die Inkonſequenz ſpringt in die Augen; denn, wenn der Gehilfe eben gar nichts als der „Trabant" des Urhebers, das „Adverbium zum Verbum" ſein, wenn Wille und Handlung des Urhebers ſchlechthin für ihn das Geſetz bilden ſoll, dem er ſich hingegeben habe, — ſo iſt die gedachte Ausnahme abſolut willkührlich. In der That behaupten daher auch Andre, daß dieſelbe Ausnahme, wie zu c), nothwendig auch zu b) gemacht werden müſſe, weil auch hier die größere oder geringere Strafbarkeit durch perſönliche Verhältniſſe des Thäters motivirt ſei [3]). Damit genügt es aber noch nicht; vielmehr muß auch die Konſequenz zu a) aufgegeben und der Gehilfe in dem Falle ſtraflos gelaſſen werden, wo er das Verbrechen als Urheber nicht hätte begehen können [4]). Um ſo gewiſſer muß dies geſchehen, wenn man nicht noch eine weitere Konſequenz jener falſchen Anſicht annehmen will, die nämlich, daß der „Trabant" für die qualitas aggravans des Urhebers auch dann leiden müſſe, wenn er davon nicht einmal Kenntniß habe [5]), — eine Konſequenz, die ſelbſt für den Fall nicht abgewieſen werden kann, wo es ſich um eine objektive Qualifikation handelt (wie bei Kirchendiebſtahl, Diebſtahl mittelſt Einbruchs ꝛc.), falls nur nicht etwa Entgegen-

---

1) Berner und Luden ſprechen hievon nicht, ſcheinen aber die Regel konſequent auch für dieſen Fall zu verfolgen. ſ. erſteren S. 210. 211.

2) ſ. ſchon Tib. Decian. tr. crim. IX. 33. n. 8. und die dort Angef., freilich ſehr inkonſequent, da er zu a.) richtig aus dem entgegengeſetzten Prinzipe argumentirt; eb. n. 4 u. c. 36. n. 26. Bauer Abh. a. a. O. Breidenbach I, 2. S. 370. Bad. GB. §. 137.

3) Schon Baldus (ad l. 5 C. de accus.), Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 5 sq. u. A. ſprachen dieß im Weſentlichen aus, wiewohl hier, wie ſonſt, die prinzipielle Entſcheidung durch die Rückſicht auf den poſit. Buchſtaben — ſ. beſ. l. 6 D. ad l. Pomp. (48. 9) — gefeſſelt erſcheint. ſ. auch Damhouder. c. 87. n. 6. 7. Decian. l. c. u. A. behaupteten allerdings, daß im Fall b) die qualitas aggravans ꝛc. delicto, nicht personae inhaerens ſei. Wieder Andre, beſ. Bartolus, behandelten den Gehilfen ſchlechthin als accessorium, ſo zwar, daß einige ihn ſogar dann für die bloß perſönlich gravirenden Eigenſchaften des Urhebers einſtehen ließen, wenn er nicht einmal darum gewußt hatte, was auch ganz konſequent war. ſ. August. ad Angel. §. dicto malef. n. 13. 14. — vgl. Angel. l. c. n. 10. 12 u. die Liter. b. Farin. qu. 129. n. 101. qu. 131. n. 44. qu. 135. n. 34—38. — Hélie II. 125 sq. ſtellt gegen Decian. gerade die umgekehrte Behauptung auf, daß zu b) die circonstances aggravantes extrinsèques au fait ſeien.

4) Brackenhöft S. 422—424. Roßhirt Zeitſchr. III. 137. n. 119. Viele beachten dies gar nicht, z. B. Grolman, Konopack a. a. O. A. M. ſind Bauer Abh. I. 461 ob. Breidenbach I, 2. S. 370. Berner, Luden a. a. O. Dagegen geht aus Mißverſtändniß über den wahren Gegenſtand des einen od. andern Verbrechens, ſowie aus Verwechslung des Gehilfen mit dem Miturheber zu weit Stübel Theilnahme ꝛc., §. 51. Ebenſo übrigens ſchon Carpzov. qu. 87. n. 7. 8. Unklar ſind Marezoll S. 127. 188. n. 3. Hefftter §. 84. n. 4.

5) Dieſe Konſequenz wurde ſchon von den alten Italienern gezogen. ſ. August. l. c. u. Andre b. Farin. qu. 131. n. 44. Ebenſo noch jetzt von der franzöſiſchen Praxis. Hélie II. 123 sq. Merlin répert. univ. und Sirey jurisprud. v. complicité.

geſetztes verabredet wurde [1]). — Es iſt hiernach ganz falſch, wenn man den Gehilfen abſtrakt nur als accessorium des Urhebers auffaßt [2]). So gewiß er allerdings das Verbrechen, welches begangen wird, nicht als eigene Angelegenheit betreibt, ſondern nur die Abſicht des Urhebers befördert, ſo gewiß kann er doch auch ſelbſt nur inſoweit verbrecheriſch handeln, als die mittelbar von ihm beförderte Handlung für ihn ſelbſt ein Verbrechen bildet. Außerdem iſt ſeine Thätigkeit vielleicht ſehr unmoraliſch, rechtlich aber indifferent. Vor allem hat daher a) die verbrecheriſche Beihilfe ihr Maß im Wiſſen des Gehilfen; d. h. der Gehilfe iſt als ſolcher nur in Beziehung auf dasjenige Verbrechen ſtrafbar, welches er wiſſentlich befördert, alſo nicht für ein größeres Verbrechen, das der Urheber neben jenem begieng, oder worein jenes ohne Wiſſen des Gehilfen ausartete [3]), ebenſowenig für eine qualifizirte Begehungsweiſe, wovon er nichts wußte [4]). Dies erkennen mehrere neuere Geſetzgebungen ausdrücklich an [5]). Es iſt jedoch dadurch die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen, dem Gehilfen (nur eben nicht als ſolchem) auch ein derartiges Mehr zur culpa zuzurechnen [6]). b) Die Beihilfe iſt eine verbrecheriſche nur inſoweit, als die beförderte Handlung, auf den Gehilfen ſelbſt bezogen, als mögliches Verbrechen erſcheint. Es iſt daher gar nicht ſtrafbar, wenn ein reines Dienſtverbrechen durch eine nicht unter derſelben Dienſtpflicht ſtehende Perſon befördert wird. Enthält dagegen das Dienſtvergehen zugleich ein gemeines Verbrechen, ſo iſt eben nur die Beihilfe zu dieſem zu beſtrafen [7]). Ebenſo verhält es ſich mit andern Verbrechen, welche auf Seiten des Urhebers wegen perſönlicher Verhältniſſe zum Gegenſtand des Verbrechens

---

1) Da Berner S. 210 eben auf das Letztere Alles ſtellt, ſo will die ohnedies ganz vage Maßbeſtimmung auf S. 211 (ſ. auch S. 208) gar nichts heiſſen. Ebenſo willkührlich iſt Breidenbach I, 2. S. 370—374. 376. n. 5.

2) Dies ſagt ſchon ganz richtig Ang. Aret. §. dicto malef. n. 12. vgl. Decian. IX. 33. n. 4. ſ. beſ. Brackenhöft, der nur zuweit geht, wenn er ſagt, der Gehilfe wolle, wie der Thäter, die That (S. 412). Leonhardt I. 243. n. 8. S. 293. n. 2.

3) Grolman §. 36. n. b. Brackenhöft S. 417. 418. Luden Hdb. I. 447. n. 8. N. Rev. S. 494. 495. Breidenbach S. 372 (ſ. jed. S. 371 !).

4) Natürlich auch nicht für Qualifikationen perſönlicher Art, — falls ein poſitives Recht dieſe auf die Strafe des Gehilfen einwirken läßt.

5) Im Unterſchiede vom franzöſ. Recht (ſ. o.) Bair. GB. Art. 80. (wo irriger Weiſe dem Gehilfen der Beweis auferlegt war. ſ. Bauer Anm. I. 516). Wirt. Art. 86. (Hufnagel I. 175. 176). Hannövr. Art. 70 (Leonhardt S. 298. 299). Braunſchw. §. 52. Bad. §. 138. Preuß. §. 44. (Beſeler S. 162). Bair. Entw. Art. 44. Das ſächſ. GB. Art. 35 und das Thüring. Art. 32 ſprechen bloß von gleichen Theilnehmern!

6) (v. Kapff) Beitr. z. den landſtänd. Berath. in Wirt., S. 23—25. Bad. GB. §. 138. Breidenbach I, 2. S. 373 Note. vgl. Hannövr. GB. Art. 43. Goldtammer I. 327.

7) Wirt. GB. Art. 404 (trotz des im Art. 87 aufgeſtellten Prinzips), welcher auch auf Anſtifter und Begünſtiger angewandt wird. Hufnagel I. 178. 179. 622—624. Not. II. 741—744. III. 80—85. 582. 583. u. Strafgb. m. Anm. S. 422. n. 1. Braunſchw. §. 252. Anders nach dem heſſ. GB. Art. 84 (ſ. übr. Breidenbach S. 376. n. 5. j. S. 370 ?), nach dem preuß. §. 331 (duce v. Kamptz, gegen die frühere Praxis), Beſeler S. 565—567. Bair. Entw. Art. 317. vgl. dagegen Braunſchw. Mot. (Breym.) S. 325. — Anders natürlich, wenn eine derartige Beihilfe ſpeziell zum Verbrechen geſtempelt iſt, wie z. B. Beihilfe zur Deſertion (preuß. GB. §. 111). F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 526 f.

qualifizirt oder priviligirt sind, wie Verwandtenmord, Familiendiebstahl (s. unten zu §. 99) [1]). Hier ist die Beihilfe stets nur als zu dem Verbrechen geleistet zu betrachten, welches der Gehilfe selbst als Urheber begangen haben würde [2]). Um soweit mehr natürlich, wenn die persönlichen Schärfungs- oder Milderungsgründe beim Urheber rein persönliche, wenn auch (wie beim Kindsmord) [3]) mit der Natur des Verbrechens zusammenhängende sind [4]). Die entgegengesetzte Ansicht ist nicht nur theoretisch falsch, sondern führt auch praktisch zu Schwierigkeiten, die nur durch absolute Willkühr lösbar sind [5]). c) Die Beihilfe bleibt aber auch verbrecherisch und strafbar, wenn der zur That entschlossene Urheber mit der Ausführung noch nicht in's Stadium der Strafbarkeit vorgerückt [6]) oder freiwillig vom Versuche wieder abgestanden ist [7]). Ebenso in dem Fall, wenn der Thäter wegen Unzurechnungsfähigkeit (die der Gehilfe nicht kannte) oder deshalb straflos bleibt, weil er seinerseits ein nur auf Klage strafbares Verbrechen begangen hat und gegen ihn nicht geklagt worden ist, während beim Gehilfen dasselbe persönliche Verhältniß nicht obwaltet [8]). Endlich ist hier, wie in den Fällen, wo der Ur-

---

1) Berner wirft hiemit auch Beihilfe zu Nothzucht, Kindsmord ꝛc. zusammen. s. dag. auch Hefftter §. 255. n. 5. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 518 f.

2) Die meisten neueren G.bücher lassen die Frage unentschieden (s. Leonhardt S. 243. 293). Schlüter S. 57. n. 42. s. dag. Bair. GB. Art. 118 (Sardin. Art. 110). Luzern. Art. 55. Braunschw. §. 54. Wirt. Art. 404 (bloß bei Dienstverbrechen). Wadtl. Art. 45. 46. Hamb. Entw. 1848. 1849. Art. 45 (44). Eigenthümlich das Erachten f. Mecklenb. S. 138. 139. Das gemeine Recht machte eine Ausnahme beim parricidium. l. 6 D. h. t. (48. 9). §. 6 J. de publ. jud. (IV. 18). Dagegen setzt Beihilfe zum Diebstahl nicht animus lucri, zur Nothzucht nicht Geschlechtslust beim Gehilfen voraus! s. übr. Hefftter §. 84. n. 4.

3) Hier wird die entgegengesetzte Ansicht wirklich naiv! s. Berner S. 210.

4) Das Bad. GB. §. 137 nimmt wenigstens den Rückfall aus. s. auch §. 259 u. sächs. Entw. Art. 54. vgl. Breidenbach S. 373. 374 (?). s. dag. Thilo S. 154 unt. F. Roßhirt a. a. O. S. 540—542.

5) Dieß hat namentlich die Anwendung des — jetzt weggefallenen — Art. 87 im Wirt. GB. zur Genüge ergeben. Hufnagel I. 176—179. 622. (s. bes. S. 179. 180. Note !) II. 519. 520. 741—744. III. 80—85. 103. 104. N. Rev. S. 502. Ueber die inkonsequent stets in mitius gehende sächs. Praxis s. Weiß S. 201—204. N. Jahrb. 1849. S. 96 unt. Der Entw. Art. 54 folgt dem Wirt. Art. 87.! s. dag. den Bair. Art. 55. (vgl. aber freilich Art. 317. 371!)

6) Anders natürlich, wenn es an einem Urheber fehlt! Hefftter §. 85. n. 1. Nur dies beweist das von Berner aus Hitzig abgedruckte Beispiel S. 241—249. Zum Theil A. M. ist übr. Breidenbach S. 381. 387. u. Leonhardt S. 299. 300. (vgl. Berner S. 22!)

7) A. M. scheint (indirekt) das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1 (?). Zwar kann man daraus ebenso die ratio legis für die Bestrafung, als ein arg. a contr. ableiten. Aber aus Art. 13, 1 folgt die Strafbarkeit des Gehilfen. s. dag. Bair. GB. Art. 81. Hannövr. Art. 71. Braunschw. §. 37.

8) Anders mußte in Wirtemb. nach dem verfehlten Art. 87 entschieden werden. Die richtige Entscheidung giebt das preuß. O Tribunal s. Goldtammer Archiv I. 73. 74, aber inkonsequent, da von der abstrakt accessorischen Natur der Beihilfe ausgegangen wird. Freilich ist der §. 228 des G.Bs maßgebend. Eben aus diesem §. könnte geschlossen werden, daß das GB. die letztere falsche Ansicht nicht habe (s. auch Beseler S. 162. ob. und 436—439), um so mehr, da der §. 228 sich sehr wesentlich vom Code p. art. 380 unterscheidet, der hier den Begriff der Theilnahme überall ausschließt. Allein der §. 35 spricht allerdings die accessorische Natur der Theilnahme aus. Nicht sehr klar ist Goldtammer I. 327. j. 315—319; ebensowenig befriedigend ist Temme Gl. S. 106. Ueber Sachsen s. Weiß S. 311. 312. N. Jahrb.

heber selbst strafbar ist, die Schuld des Gehilfen auch dann, wenn der Urheber das Verbrechen nur in genere begangen hat, stets zugleich nach den eigenen persönlichen Verhältnissen des Gehilfen zu bemessen, seien sie nun rein persönliche oder beziehen sich zugleich auf den Gegenstand des Verbrechens [1]).

5) Am reinsten tritt der accessorische Charakter der Beihilfe in der angestifteten Beihilfe hervor. Die Anstiftung hat jedoch in Beziehung auf die Schuld des Gehilfen nur den Einfluß, daß diese sich nach Umständen als vermindert darstellen kann, was jedoch dadurch wieder aufgewogen wird, daß der Gehilfe, der sich anstiften läßt, durch die von ihm gegebene Zusage, wenn sie dem Verbrechen vorangieng, zum intellektuellen Gehilfen wird (s. unten) [2]). Der unmittelbare Gehilfe erscheint freier, als der angestiftete, indem er wenigstens die Anregung zu seiner relativen Unterordnung unter einen fremden Willen nicht erst von diesem erhält, sondern aus sich selbst nimmt. Der intellektuelle Gehilfe geht sogar dazu fort, relativ bestimmend auf den Urheber zu wirken, was bei der lediglich physischen Theilnahme nur möglicher Weise vorkommen kann [3]) (die Folge davon s. im folg. §.). — Intellektuelle Beihilfe [4]) muß immer den wesentlichen Charakter der Beihilfe, d. h. der Anerkennung des Andern als des factor principalis behalten. Sie setzt daher voraus, daß der Entschluß zum Verbrechen in dem Urheber selbständig entstanden, wenn auch nicht völlig ausgereift sei [5]), und besteht in einer intellektuellen Einwirkung, die darauf gerichtet ist, diesen Entschluß zu bestärken [6]) oder seine Ausführung zu erleichtern. Daraus ergiebt sich, daß sie nur in zwei Formen möglich ist, a) in der des Raths (Angabe der dienlichen Mittel, Lob, Widerlegung der Zweifelsgründe ꝛc.), b) als

---

1841. H. 1. S. 128—132. Das GB. läßt den Ausleger sehr im Stich! s. auch Bair. Strafger. V. 120 (die Note unrichtig).

1) Brackenhöft S. 419. 426. Konopack S. 325—331. Bauer Abh. I. 462. Luden Hdb. I. 450. n. 13. 14. Feuerbach §. 115 (was Berner S. 239. 240 gegen Feuerbach vorbringt, ist nichtssagend). s. auch Bad. GB. §. 137, 2. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 540—547. Bair. Entw. Art. 55. — Sehr mangelhaft ist das östr. GB. 1852. §. 5. Der neu beigefügte Satz berührt nur Eine Frage, und zwar eine der leichtesten. Die Hauptfragen werden im besondern Theil nach entgegengesetzten Prinzipien entschieden. s. z. B §. 137. 138. 141. (accessorium) u. vgl. dag. §. 105 (j. 104. 311) Amtsverbrechen. §. 177 (Rückfall, Gewerbsmäßigkeit, Hausdiebstahl). §. 186 a. (Hausdiebstahl). Nach §. 137. 138 sollen Verwandtschaftsverhältnisse des Gehilfen beim Mord sogar auf den Urheber zurückwirken! (Hye S. 240—271). Immer aber ist selbst diese Inkonsequenz noch den Verbesserungsvorschlägen Hyes S. 270. 271 vorzuziehen.

2) Auch wird sich bei dem angestifteten Gehilfen das Maß des Wissens und der Absicht leichter ermitteln lassen. Was Berner S. 251—259 ausführt, ist überflüssig und unpraktisch. vgl. Luden Hdb. I. 455. n. 3.

3) s. die richtige Bemerkung von Luden Hdb. I. 454. n. 2. (Das im Texte Gesagte ist gekünstelt.)

4) Mittermaier im N. Arch. III. 137—139. u. schon Kleinschrod I. §. 193. Henke I. 270—272. Schröter §. 139. Tittmann I. §. 108. Feuerbach §. 50. Grolman §. 37. Wächter §. 89. n. 79. Hefftter §. 84. Berner S. 260—268. vgl. Reinharth de consilio in criminal. 1732. Cramer Opusc. III. nr. 8. p. 200 sq. Abegg N. Arch. 1841. S. 401—410. Wolthers p. 76 sq.

5) Dieß beachteten schon die ital. Juristen. s. die Liter. b. Farin. qu. 129. n. 7 sq.

6) Hefftter §. 84. n. 3. j. §. 98. n. 2, wo zugegeben wird, daß hier die Grenze gegen die Anstiftung haarscharf laufe. vgl. N. Rev. S. 483. Berner S. 261. Breidenbach I, 2. S. 358.

Zusage einer physischen Unterstützung [1]). — Alle andern Arten intellektueller Einwirkung, Befehl, Auftrag, Verführung, Bitte, Drohung, Versetzung in Irrthum ꝛc., begründen ihrer Natur nach nothwendig Urheberschaft, weil sie darauf ausgehen, den Entschluß zum Verbrechen im Andern erst zu wecken oder ihn wider seinen Willen zu einer rechtswidrigen Handlung zu bestimmen. Dieselben begründen namentlich auch dann Urheberschaft (wenn auch bloß im Stadium des Versuchs), wenn der Einwirkende auf einen bereits zum Verbrechen Entschlossenen traf [2]); mit der entgegengesetzten Behauptung [3]), daß hier die beabsichtigte Anstiftung sich in intellektuelle Beihilfe verwandle, fällt man auf den Standpunkt der abstrakt objektiven Kausalität zurück. Wie alle Beihilfe, so setzt auch die intellektuelle dolus voraus, womit jedoch eine kulpose Verantwortlichkeit wegen Raths nicht ausgeschlossen ist, nur daß man freilich hierin keine Beihilfe suchen darf [4]). — Eine scharfe Unterscheidung der intellektuellen Beihilfe von der intellektuellen Urheberschaft darf man im römischen Rechte nicht suchen wollen [5]), da dieses mindestens in der Strafbarkeit öffentlicher Verbrechen beide gleichstellt [6]) und weder die Strafloſigkeit des einfachen Rathertheilens [7]), noch die Unterscheidung zwischen den Fällen der Anstiftung und der versuchten Anstiftung eines schon für sich Entschlossenen [8]) im römischen Rechte (seinem ganzen Geiste zufolge) sich nachweisen läßt. — Ebensowenig giebt aus andrem Grunde das germanische Recht hier Ausbeute. Nur im longobard. Rechte findet sich eine

---

1) nicht bloß einer erst hinterher zu leistenden Begünstigung, wie Berner S. 263 sagt. Hufnagel I. 173. 182. II. 519. III. 106. Wirt. GB. Art. 84. Hannövr. Art. 72. 73. Hess. Art. 86. Bad. §. 141. s. auch Zachariä Versuch I. §. 40.

2) Böhmer med. ad art. 177. §. 4. I. §. 5 i. f. Tittmann I. §. 106. n. 9. Feuerbach §. 50. Wächter a. a. O. Bauer Abh. I. 430. Abegg S. 113 (?). Hefftter §. 83. n. 4. Berner S. 260. N. Rev. S. 483—485.

3) Grolman §. 33. n. c. Marezoll S. 123. 124. Werner §. 238. Martin §. 80. n. 6. Luden Abh. II. 352—354 (s. aber Hdb. I. 457). Bad. GB. §. 120.

4) Tittmann I. §. 108. not. m. Abegg im N. Arch. 1841. S. 404 u. XIV. 453 f. Ungenau sind Böhmer med. ad art. 177. §. 5. Wächter a. a. O. vgl. den Fall b. Stryk de imput. facti al. c. 5. n. 53 sq. und Kress (1760) p. 645).

5) Luden Abh. I. 293 f. N. Rev. S. 532. A. M. Birnbaum im N. Arch. 1842. S. 19—22.

6) L. 16 pr. D. de poen. (48. 19). l. 47 D. de R. J. (50. 17). l. 52 §. 21. D. de furt. (47. 2). §. 11 J. de injur. (IV. 3). l. 11 pr. D. eod. (47. 10). l. 12. 14 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1 pr. l. 3 §. 4. l. 15 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 3 §. ult. D. de incend. (47. 9). l. 2 §. 1 D. ad l. Jul. de annona (48. 12). l. 1 D ad l. Jul. pec. (48. 13). l. 6 §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). l. 2 C. eod. (9. 20). l. 1 §. 3. 4 D. de servo corr. (11. 3). l. 6 D. de cond. furt. (13. 1).

7) so Rein S. 196. Allein §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1) ist anders zu erklären, s. l. 36 pr. l. 52 §. 19 D. de furt. (47. 2). l. 53 §. 2 D. de V. S. (50. 16), sc. aus der Natur des Privatdelikts (nicht aus dem Mangel des dolus, wie Ziegler S. 18. Not. meint). vgl. l. 15 §. 10 D. de injur. (47. 10). Ueber l. 20 D. de his qui not. (3. 2). s. Matth. Prol. c. 1. n. 10. s. übrigens auch Ziegler S. 44.

8) L. 11 §. 6 D. de injur. (47. 10). vgl. l. 1 §. 4 D. de servo corr. (11. 3). A. M. Zachariä Versuch II. §. 196. Luden Abh. I. 296. n. 1. Wächter a. a. O. Martin §. 80. n. 6. Ziegler a. a. O. s. dag. Matth. l. c. Hefftter §. 87. n. 2. N. Rev. S. 532—534.

Spur der Unterscheidung bloßen Raths von eigentlicher Anstiftung [1]), während im Allgemeinen die verschiedenen Formen intellectueller Wirkung und Mitwirkung keineswegs fest auseinander gehalten werden [2]) und jedenfalls meist hinter der physischen Thätigkeit zurücktreten. Auch das Recht des VtAs. scheint, wie schon die Formel: Rath und That andeutet, die verschiedenen Formen intellektueller Theilnahme nicht bestimmt auseinander gehalten zu haben [3]). Die P.G.O. berührt den Unterschied nur indirekt (Art. 40. 107). Dagegen haben die ital. Juristen schon ganz richtig das consilium dem mandatum als das Minderstrafbare entgegengesetzt, weil der Rath auf fremdes Interesse abzwecke, und mehr mit bloßer Beihilfe Aehnlichkeit habe [4]). Dies haben auch einige streng durchgeführt, indem sie den Rath nicht bloß vom eigentlichen Mandat, sondern von jedwelcher Art von Anstiftung in der Strafbarkeit unterschieden [5]). Dagegen haben andre zwar dies nicht angenommen [6]), aber dann doch jedenfalls den Rath nach Analogie der Beihilfe in der Weise behandelt, daß sie ihn nur dann der poena ord. verfallen lassen, wenn er ein auxilium proximum u. causam dans enthalte [7]). Ja sie giengen überhaupt mit der communis opinio noch weiter, und unterschieden nicht bloß nach jenem objektiven Momente, sondern auch nach dem subjektiven, ob der Rath einem alias facturo oder einem alias non facturo gegeben worden sei [8]), indem sie in ersterem Falle eine geringere Strafe eintreten ließen [9]). — Hievon ist Carpzov wieder abgewichen [10]), der noch entschiedener das consilium dem auxilium gleichstellt und überall geringer gestraft haben will, auch wenn

1) L. Liutpr. c. 138 u. 63. j. 71. 134. A. M. Wilda S. 630. Die Stellen aus der L. Sal. beweisen aber nichts, da sie nur von Anstiftung, nicht von Rath sprechen.

2) Ed. Roth. c. 10. 11 (Anstiftung, resp. Rath = Komplott) vgl. L. Liutpr. c. 134. 138 (consilium mortis = bloß intell. Theilnahme, vgl. c. 71., wobei jedoch c. 134 zeigt, daß man das zur gemeinschaftlichen Ausführung gediehene Komplott höher ansetzte). s. auch L. Burg. LXXX, 3. L. Sal. em. XXX. 1—3. (Her. XXXI, 2). XLIII, 14. LVII, 6.

3) s. übr. Sächs. LR. II, 13. §. 4. j. III, 46. §. 2. vgl. dag. Schwäb. LR. c. 171. 227. Bamb. Stadtr. Art. 156. 157. Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 1. IV. 10, 4. 6. (vgl. Prager Stadtb. 52). Goslar. Stat. 38, 25. 42, 30—34. u. Stellen bei §. 92. Anm. 2.

4) Angel. §. Et Sempron. n. 1. Farin. qu. 129. n. 1—11 und die dort Angef.

5) s. Clar. §. fin. qu. 88. n. 1. 2. (Consil. u. exhortatio). Bajard. n. 7. und die bei Farin. qu. 129. n. 24 Citt.

6) s. die Citt. b. Farin. l. c. n. 23. 26 (wo übr. auch nur von persuadere, inflammare, instigare, hortari, incitare, instruere die Rede ist, was meist zur Noth noch auf Beihilfe bezogen werden kann).

7) Gomez de del. c. 3. de homic. n. 50. Carrer. pract. tr. de homic. §. sequ. de persuad. n. 7. Farin. l. c. n. 95—98. Bei del. atrociss. machten Einige Ausnahmen. s. Bald. u. Dec. b. Bajard. l. c. n. 1.

8) Einige ließen diesen Unterschied auch beim Mandat eintreten. s. bes. Decian. IX. 36. n. 14 sq. Farin. n. 130—139. Allein die Andern waren dagegen. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1.

9) s. die Citt. b. Farin. n. 108—111 und noch Damhouder c. 70. n. 4. 5. 7. c. 133. n. 2. 3 (der den obj. und subjektiven Gesichtspunkt vermischt), und Matthaeus lib. 48, 18. c. 4. n. 18.

10) Mit Unrecht insofern, als auch wahre Anstiftung in Form des Raths vorkommen kann. Beim Mandat folgt er der Ansicht von Decian. und Farin. qu. 4. n. 27 sq.

instigatio und instructio damit verbunden sei [1]). Später verdunkelte sich das Bewußtsein des Unterschieds der beiden von den Italienern aufgestellten Gesichtspunkte, da man sich mehr und mehr daran gewöhnte, den Begriff der Beihilfe überhaupt nur auf das Moment der objektiven Kausalität zu gründen. Man [2]) verwarf nun entweder den Unterschied zwischen dem einem alias facturus und dem einem al. non fact. gegebenen Rath, oder man subsumirte denselben geradezu unter den objektiven von Haupt- und Nebenursache, — ein Mißstand, der noch in der heutigen Doktrin vielfach nachwirkt (s. unten). Die neueren Gesetzgebungen unterscheiden theilweise den Rath als bloße Beihilfe ganz richtig von der Anstiftung, und zwar auch diejenigen, welche den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe überhaupt nicht auf die richtige subjektive Grundlage stellen [3]). Dagegen liegt es in der Konsequenz derjenigen darunter, welche den Hauptgehilfen vor oder bei der That dem Urheber gleichstellen, diese Bestimmung auch auf die intellektuelle Beihilfe anzuwenden [4]). — Die intellektuelle Beihilfe durch Zusage einer Unterstützung wurde von den Aelteren meist mit dem Komplott verwechselt [5]). Jetzt ist man in der Doctrin wohl fast allgemein darüber einig, daß Komplottanten und vertragsmäßige (Beihilfe zusagende und leistende) Gehilfen nicht zusammengeworfen werden dürfen [6]). Dagegen fehlt es meist an der bestimmten Anerkennung, daß schon die Zusage der Beihilfe an sich intellektuelle Beihilfe sei [7]). Auch die neueren Gesetzgebungen sind hier mangelhaft. Das sächs., braunschw. und thüring. GB. stellen sich auf den älteren, den Fall mit dem Komplott ver-

1) qu 87. n. 2—6. 23. (47). Churfächs. Konstit. IV, 40 (Oberflächlich Müller p. 26). vgl. Leyser Sp. 537. med. 23—25 u. sp. 149. med. 3. Berger Electa I. p. 10.

2) s. z. B. Matth. Proleg. I. 8. Kress ad art. 177. p. 644. 645. Böhmer med. ad art. 177. §. 5. und Obs. 1 ad C. qu. 87. Quistorp §. 60. Stübel Thatbest. §. 59. 60. vgl. Theresiana Art. 3 §. 6. 10. u. C. Max. I, 12. §. 6 nebst den Anm. (wo bes. Cocceji, Stryk u. Böhmer citirt sind). Pr. LR. §. 76. 77 (hier wird der Unterschied darnach gemacht, ob der Rathende bei der Ausführung anwesend war oder nicht). s. auch noch Stübel Theiln. §. 47. j. 35. und S. 120. n. 80. Mittermaier N. Arch. VIII. 336—342.

3) Sächs. GB. Art. 36. 37. Braunschw. §. 41. 46. Thüring. Art. 34. 35. Preuß. §. 34. Anders Hannövr. GB. Art. 53. Wirt. 74. Unrichtig und ungenau ist, was Luden Hdb. I. 456. n. 5 sagt. Die Frage, wie die Anstiftung eines schon Entschlossenen anzusehen sei, wird meist irrig (sc. daß sie sich in Beihilfe verwandle) entschieden. Bair. GB. Art. 46, 2. Weiß S. 180. Leonhardt S. 240. Breym. S. 203 ob. Bad. GB. §. 120. vgl. übr. Hufnagel StrfGB. m. Anm. S. 492 unt. Breidenbach I, 2. S. 250. n. 2.

4) Dies bezieht sich namentlich auf das bair. und preuß. GB., dagegen nicht auf das hess. und badische, welche den Begriff des Hauptgehilfen enger begrenzen.

5) Bei den Italienern war noch Schwanken; vgl. August. z. Ang. §. Dictus Andreas n. 2 sq. Farin. qu. 129. n. 37—39. vgl. qu. 130. n. 27—30. qu. 131. n. 13. s. dag. Kress p. 646. vgl. Carpzov qu. 87. n. 33. Böhmer med. ad art. 148. §. 1. art. 177. §. 8. Quistorp §. 54 und sogar noch Jarcke I. 230. n. 5.

6) Kleinschrod I. §. 178 (freilich zum Nachtheil des Komplottbegriffs, da der Standpunkt noch abstrakt objektiv ist). v. Schirach N. Arch. I. 520. Henke I. 531. Martin §. 74. n. 11. Wächter §. 80. n. 87. Abegg S. 118. Roßhirt Entw. S. 268. Bauer Arb. I. 442. Heffter §. 86. n. 4. Marezoll S. 188. A. M. Dollmann in d. krit. Ueberschau I. 172. (Dieser findet freilich fast alle Begriffsunterschiede in dieser Lehre subtil!).

7) N. Rev. S. 482 ist hiernach zu ergänzen; s. aber S. 509.

mischenden Standpunkt und heben deshalb nur die vorher zugesagte Begünstigung als einen Fall der Beihilfe hervor [1]). Ungeschickter Weise thun dies aber auch andre Gbücher, welche die Beihilfe im Ganzen prinzipiell richtig behandeln [2]), kommen aber dann doch insofern wieder relativ auf das Richtige, als sie auch in der bloßen Zusage einer Beihilfe mindestens einen strafbaren Versuch sehen [3]) — Eine geleistete Beihilfe deshalb, weil sie vorher zugesagt war, in abstr. für strafbarer anzusehen [4]), liegt kein Grund vor. Ueberhaupt läßt sich nicht mehr sagen, als daß die Beihilfe um so strafbarer erscheine, je mehr sie theils zur Bestärkung der Absicht des Urhebers, theils zur Erleichterung ihrer Ausführung beigetragen habe [5]).

§. 94.

Gemäß der abgeleiteten Natur der Beihilfe richtet sich auch der Schuldgrad des Gehilfen im konkreten Falle stets nach dem des Urhebers, soweit nur überhaupt für die von letzterem beabsichtigte Handlung der Gehilfe auch für sich als für ein Verbrechen verantwortlich werden kann (§. 93. Anm. 4). Wie hiernach im Fall der Strafbarkeit beider nicht die individuell bestimmte Strafe des Urhebers den Maßstab bildet, so hängt auch, das Beabsichtigtsein einer strafbaren Handlung überhaupt vorausgesetzt (§. 15. 29. Anm. 3. §. 36. 37), die Strafbarkeit des Gehilfen nicht davon ab, daß der Urheber im konkreten Fall straffällig sei, was wegen Unzurechnungsfähigkeit, wegen Todes, Begnadigung ꝛc., aber auch deshalb ausbleiben kann, weil der (entschlossene) Urheber mit der Ausführung noch nicht bis zum strafbaren Versuch vorgerückt oder vom Versuch freiwillig wieder abgestanden ist. In beiden letzteren Fällen kann den Maßstab nur das Maximum der Strafe bilden, welche den bis zum Anfang des strafbaren Versuchs vorgerückten Urheber getroffen haben würde, während von hier ab die Strafbarkeit des Gehilfen nothwendig mit dem Fortschritt der urheberischen Thätigkeit bis zur Vollendung verhältnißmäßig wachsen muß. — Dagegen ist auf die Beihilfe selbst, wiewohl sie eine fortschreitende Thätigkeit und hiemit

---

1) Sächs. GB. Art. 38. Braunschw. §. 46. Thüring. Art. 36. Blieb die Zusage einer wirklichen Beihilfe unerfüllt, dann nehmen auch diese Gbücher allerdings bloß „ungleiche Theilnahme" an. s. auch Preuß. GB. §. 38, das über die Hauptfrage, wie so oft, ganz schweigt.

2) Bair. GB. Art. 76 a. E. Hannövr. Art. 68. Hess. Art. 83. Bad. §. 135. s. dag. Wirt. GB. Art. 84 (jetzt weggefallen).

3) Bair. GB. Art. 82. 83. Hannövr. Art. 72. 73. Hess. Art. 86. Bad. §. 141. vgl. sächs. Entw. Art. 57.

4) so Kleinschrod I. §. 199. Feuerbach §. 114. Henke I. 531. s. dag. N. Rev. S. 494. Heffter §. 98. n. 2.

5) Die abstrakten Gradationen im Bair. u. Hannövr. GB. sind unpassend. Eigenthümlich ist die Ansicht, daß eine in concreto entbehrlich gewesene Beihilfe gar nicht strafbar sein soll. Brackenhöft N. Arch. 1840. S. 413. 1847. S. 83. 84. Goldtammer I. 326.

ein Wachſen der Schuld, alſo den Typus des Verſuchs nicht ausſchließt, gleichwohl der Unterſchied von Verſuch und Vollendung nicht anwendbar, da derſelbe ſich bei der Beihilfe ſtets nur ſubjektiv beſtimmen ließe, während er doch ſeiner Natur nach (ſ. §. 87) gerade nur objektiv feſtgeſtellt werden kann. Da nun ſchon im erſten Anfang der Leiſtung, ja ſchon in der Zuſage (§. 93. Anm. 5) der Begriff und die Wirkung der Beihilfe vollkommen vorhanden iſt, ſo ſind auch die Grundſätze über den freiwillig aufgegebenen Verſuch auf die Beihilfe nicht anwendbar. Dagegen findet der Begriff der Beihilfe in dem der Vollendung ſeine Grenze inſofern, als der Gehilfe, der die zur Vollendung gehörige Haupthandlung begeht, dann Gehilfe zu ſein aufhört und zum (Mit-) Urheber wird, wenn die Begehung der Haupthandlung ohne die Aneignung der ſelbſtändigen Abſicht, das Verbrechen zu begehen, nicht denkbar iſt. N. Rev. §. 138.

1) Zum erſten Theil des §. ſ. §. 93. Anm. 4. Anerkannt iſt die Strafbarkeit der Beihilfe auch in dem Falle, wo der Urheber noch keinen ſtrafbaren Verſuch begangen hatte, im Bair. GB. Art. 81 [1]), Oldenb. Art. 87., Hannövr. [2]) Art. 71., Braunſchw. §. 37.

2) Daß der techniſche Begriff des Verſuchs im Gegenſatze zur Vollendung auf die Beihilfe nicht anwendbar ſei, wurde in der N. Rev. [3]) verkannt. Zwar muß auch jetzt noch die lediglich auf das Prinzip der abſtrakt objektiven Kauſalität gebaute Begründung des richtigen Satzes [4]) verworfen werden. Dagegen war es unrichtig, daraus, daß auch die Beihilfe eine mit dem Fortſchritt der Thätigkeit wachſende Schuld zuläßt, und aus der Zweckmäßigkeit der Anwendung der Grundſätze über das freiwillige Abſtehen vom Verſuch [5]) zu argumentiren.

---

1) Daß Zuſage der Beihilfe zu einer ſtraſloſen Handlung ſtraflos iſt (Hufnagel III. 106) verſteht ſich von ſelbſt.

2) vgl. Bauer Anm. I. 518 und Leonhardt I. 299. 300. wodurch ſich die Vorwürfe von Berner S. 219—221 erledigen. ſ. gegen dieſen (und Zachariä N. Arch. 1851. S. 217—222) §. 93. Anm. 4. Uebrigens giebt derſelbe S. 267. 268 für den Fall des vom Urheber freiwillig aufgegebenen Verſuchs wieder eine ganz eigene Entſcheidung. ſ. dag. auch Luden Hdb. I. 464. n. 6. S. 470. n. 13. Hufnagel III. 105. geſteht zu, daß die frühere (gemeinrechtliche) Praxis in Wirtemb. die richtige Anſicht gehabt habe. Seine Gegenbemerkungen S 105—108 auf der Grundlage des StrafGbs beruhen theils auf der zu Art. 87 von ihm ſelbſt bekämpften abſtrakten Auffaſſung der acceſſoriſchen Natur der Beihilfe, theils auf einem Rückfall in die ältere Anſicht, daß die Beihilfe causam dans geweſen ſein müſſe. vgl. den Fall S. 108—122 (wo weder der Ref., noch das Kolleg. Recht hatte). Breidenbach I. 2. S. 382 (ſ. aber S. 381!) Breym. S. 260. Bem. 2. A. M. iſt auch Goldtammer I. 323—331.

3) S. 504—509. Der N. Rev. hat ſich in dieſer Frage Berner angeſchloſſen S. 220—224. ſ. dag. Luden Hdb. I. 460—468. Zachariä N. Arch. 1851. S. 223 (wo übrigens ganz unbefugter Weiſe geſagt iſt, daß ſich die Darſtellung in der N. Rev. auf lauter petitiones princ. bewege).

4) Feuerbach Reviſ. II. 247. 248. Martin §. 82. n. 17. ſ. dag. N. Rev. S. 504. 505.

5) Gleichwohl iſt auch Zachariä a. a. O. S. 224 wieder in dieſe Falle gegangen.

Vielmehr entscheidet gegen die Uebertragung des Begriffs der Vollendung auf die Beihilfe der im §. angegebene Grund [1]). Allerdings nehmen übrigens mehrere neuere Gesetzgebungen einen Versuch der Beihilfe an [2]). Indessen haben sie selbst eingesehen, daß trotzdem die Grundsätze über die Straflosigkeit bei freiwilligem Wiederaufgeben nicht auf die Beihilfe anzuwenden sind [3]). Denn letztere beruht darauf, daß durch Zurücknahme der Absicht die äußere Thätigkeit zu einer ganz indifferenten herabsinkt, was daher auch nur geschehen kann, wenn noch res integra ist. Gerade dieses ist aber nie mehr der Fall, wenn man Beihilfe zugesagt oder zu leisten angefangen hat [4]). Steht man nun auch freiwillig von der Leistung oder Fortsetzung der Leistung [5]) ab, so hatte man doch einmal bereits Beihilfe geleistet; dies kann nicht ungeschehen gemacht werden, wiewohl natürlich die Strafe viel geringer ausfallen muß, als wenn man die Zusage erfüllt, den Anfang fortgesetzt hätte. Soll daher für den Gehilfen Straflosigkeit durch Sinnesänderung möglich werden, so kann es nur unter der Bedingung geschehen, daß die durch die Zusage oder den Anfang der Leistung in's Leben getretene intellektuelle Förderung positiv wieder aufgehoben wird, — durch rechtzeitige ausdrückliche Erklärung des Rücktritts oder durch rechtzeitige Benachrichtigung der Obrigkeit [6]). Ist infolge der ersteren der Urheber gar nicht zur Ausführung geschritten, so versteht sich die Straflosigkeit des Gehilfen vollends von selbst [7]).

---

1) Zachariä Versuch I. §. 38—41. Kitka S. 78. Breidenbach I, 2. S. 379—382. — A. M. Mittermaier N Arch. I. 179. Hepp Versuche S. 265 f. und N. Arch. 1836. S. 41—44. Roßhirt Lb. § 31. Bauer Abh. I. 459. Heffter §. 85. n. 3. Hufnagel III. 104 ff. vgl. übr. auch Bauer Lb. §. 78. n. d.

2) Bair. GB. Art. 82. Hannövr. Art. 72. vgl. Wirt. Kammerverh. b. Hufnagel I. 181. 182 Note.

3) Noch unklar sind übrigens das bair. (Art. 81, 2. 82. j. 83) und das hannövr. GB. Art. 72. 73. s. jedoch Leonhardt I. 300—303. Nur das thüring. GB. Art. 35, 1 wendet den fraglichen Grundsatz unbedenklich und ohne alle nähere Bestimmung (!) auf Zusage der Beihilfe (ja noch auf ganz andere intell. Einwirkungen) an.

4) Gerade den Nerv der Sache verkennt gänzlich Zachariä N. Arch. 1851. S. 224. Gar nicht erwähnt diese, wie andere praktischen Fragen Berner.

5) Das bair. GB. Art. 82 legt darauf Gewicht, ob die angefangene Beihilfe dem Urheber bereits von Nutzen gewesen sei. Aehnlich Hufnagel III. 106 unt. 107. 108. Allein dies ist nur eine Konsequenz der irrigen abstrakt objektiven Auffassung. vgl. auch Braunschw. Mot. Breym. S. 210.

6) Hufnagel III. 107 oben. Breidenbach I, 2. S. 379—381. Leonhardt I. 300—303. Bajard. ad Clar §. fin. qu. 88. n. 4. — Bair. GB. Art. 82, j. 83. Hannövr. Art. 72. 73. Wirt. Art. 88. Gef. 13. Aug. Art. 14, 2 (läßt die Anzeige bei der Obrigkeit weg). Hess. Art. 86. Bad. §. 141. Braunschw. §. 51. j. 69. nr. 2. 3 (richtig). Luden Hdb. I. 465—468. N Rev. S. 509. Der bair. Entw. Art. 47 beschränkt den Satz auf Zusage der Verheimlichung oder Hilfe nach vollbrachter That.

7) Ausdrücklich erklärt dies das braunschw. GB. §. 69. nr. 2. j. §. 51 und wendet es auch auf den Fall an, wenn trotz des erklärten Rücktritts der Urheber zum Verbrechen schreitet. Sonderbar ist aber die Meinung, daß der Urheber in diesem Falle gleichwohl noch infolge der Zusage des Gehilfen handeln könne, und ungerecht die in diesem Falle verfügte Bestrafung des Gehilfen. s. dag. Hufnagel III. 107. oben. (Unrichtig nimmt aber dieser S. 106, vorletzter Satz, auch ohne Erklärung des Rücktritts Straflosigkeit an, wenn auch der Urheber aus eigener Bewegung unthätig bleibt.) Das sächsische GB. läßt die ganze Frage bei Seite liegen (s. übrigens

3) Daß der Gehilfe auch die Haupthandlung selbst begehen könne, ohne die Eigenschaft des bloßen Gehilfen zu verlieren, konnte natürlich von allen denjenigen nicht anerkannt werden, welche den Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen bloß auf das Prinzip der objektiven Kausalität gründen. Allein der Satz folgt aus der richtigen Bestimmung dieses Verhältnisses [1]). Indessen muß er auf die im §. a. E. angegebene Weise näher begrenzt werden [2]).

§. 95.

Beihilfe kann auch durch Unterlassung geübt werden (negative Beihilfe), d. h. dadurch, daß man entweder a) ein fremdes bevorstehendes Verbrechen, während man es ohne Gefahr thun könnte, vorsätzlich nicht verhindert (direkt oder durch Warnung des Gefährdeten, resp. Anzeige bei der Obrigkeit), oder b) die Nichtanzeige eines fremden Verbrechens für den Fall, daß es begangen sein werde, zum Voraus zusagt. — Dagegen giebt es keine allgemeine Rechtspflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen, deren (auch kulpose) Versäumung an sich strafbar machte. N. Rev. S. 486—493 [3]). —

1) Die Frage wird meist, wie überhaupt, so auch in Beziehung auf das gemeine Recht irrthümlich nur dahin gestellt: ob eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen, zur Anzeige derselben, zur Beschützung der Gefährdeten ꝛc. überhaupt oder positivrechtlich existire? Die Frage ist an sich richtig; aber unrichtig ist es, wenn man mit ihrer Verneinung auch die negative Beihilfe beseitigt glaubt. Ebenso irrig ist es, wenn man bei der Frage über die negative Beihilfe so oft vergißt, daß es sich hiebei stets nur von einem dolosen Benehmen handelt. — Daß nun das römische Recht die dolose Nichtverhinderung

---

Weiß S. 151. N Jahrb. III. 102. A. M. Luden S. 468). Ebenso das preußische. Ungenügend ist Goldtammer I. 323 (vgl. 310, wo von der Anstiftung das Gegentheil behauptet wird). Nach dem wadtl. GB. Art. 49 ist bei allen Arten von Theilnahmen schon ernstliches Streben zur Verhinderung ein Strafmilderungs-, — resp. Aufhebungsgrund.

1) Hefftter §. 84. n. 4. N. Rev. S. 470. Fall bei Hufnagel I. 621.

2) Berner S. 214—217. Goldtammer I. 321. Nur theilweise ist richtig, was Luden Hdb. I. 475. 476. n. 2 sagt (ähnlich Thilo S. 152)

3) Müller (Schramm) de conniventia 1660. Schröter quomodo nuda scientia crim. quem. inv. 1686. Willenberg. de scientia del. 1697. Gebauer de imputat. facti al. 1726. Crell de poena silentii 1742. J. H. Böhmer ad Pand. VI. Exerc. 97. p. 258. Henne de crim. silentii. 1761. Püttmann de crim. conniventiae 1781. Westphal de consort. §. 21. Kress ad art. 177. p. 659. 660. Böhmer med. ad art. 177. §. 7. Meister rechtl. Erk. I. 30. n. 25. III. 48. Engelhard peinl. R. §. 74. v. Globig und Huster Abh. S. 150. B. Turin Ueb. des Verbr. geheim z. sein S. 40 f. Quistorp §. 61. Kleinschrod syst. Entw. I. § 201. 202. Stübel Thatbest. §. 43—51 (s. dagegen Theilnahme S. 58—62). Grolman §. 35. Feuerbach §. 49. Oersted Grundreg. S. 201—205. Henke I. 280—282. Schröter §. 142. Martin §. 77. Wächter §. 91. n. 68. Tittmann I. §. 111. Jarcke I. §. 37. Roßhirt Entw. S. 229—245. 263. Bauer Abh. I. 456. Heffter §. 81. n. 2. Marezoll S. 128. 129. Luden Hdb. I. 217. 218. n. 2. 3. S. 363. n. 11. S. 458. Hepp N Arch. 1837. S. 30 f. 1819. S. 135 f. 287 f. Mittermaier u. Morstadt n. z. F. §. 49. Hahn von der Pflicht z. Denunz. 1839. Swinderen de reticent. crim. 1834. Berner S. 226 f. Simoni dei delitti I. p. 161. Hélie II. 82—84.

den übrigen Arten der Theilnahme am Verbrechen wenigstens im Kreise des öffentlichen [1]) Strafrechts durchaus gleich behandelt habe, beweisen die Bestimmungen über die conscii, die keineswegs mit Komplottanten, aber ebensowenig mit nichtdolosen bloßen Mitwissern zu identifiziren sind, und denen andre ganz gleichgestellt werden, die eben nur dolo nicht verhindern [2]). Außerdem ist die Regel auch allgemein ausgesprochen [3]). Dagegen ist das römische Recht allerdings weit entfernt gewesen, aus der einfachen (nicht komplottmäßigen, vorher versprochenen, erkauften, überhaupt nicht bezüglich der Beförderung des bestimmten Verbrechens dolosen) Nichtverhinderung ein allgemeines Polizeivergehen zu machen. Vielmehr straft es dieselbe nur in besondern Fällen, theils an solchen, denen eine bestimmte Pietätspflicht obliegt, Andre vor rechtswidrigen Angriffen zu schützen [4]), theils an solchen, welche die Verbindlichkeit haben, gewisse ihnen näherstehende Personen von Verbrechen abzuhalten [5]). — Dagegen hat das kanonische Recht allgemein ausgesprochen, daß Nichtverhinderung als negative Beihilfe anzusehen sei [6]). — Gleichwohl hat sich dadurch die italienische Jurisprudenz nicht abhalten lassen, auf das römische Recht zurückzugreifen, — keineswegs jedoch in der oberflächlichen Weise, wie es ihr untergelegt wird [7]). Denn sie unterschied ganz richtig die dolose Nichtverhinderung als eine Spezies des Komplotts oder der Beihilfe von der negligentia in non obviando oder non revelando [8]). Nur auf die letztere bezieht sich ihre Lehre, daß es keine allgemeine Verhinderungspflicht gebe, sondern nur unter besonderen persönlichen Verhältnissen [9]). Gleichwohl fehlte es keineswegs an solchen, welche geradezu eine allgemeine Verhinderungspflicht statuirten, nur daß sie von der poena or-

---

1) Im Privatstrafrecht herrschte das Prinzip der objektiven Kausalität vor. l. 9 §. 1 D. quod met. causa (4. 2). l. 48 §. 1. l. 62 D. de furt. (47. 2). Böhmer med. ad art. 177. §. 7. Ziegler S. 44. 45. vgl. l. 4 §. 4. j. l. 1 §. 1 D. de cond. ob turp. caus. (12. 5).

2) L. 10 §. 2 D. quae in fraud. credit. (42. 8). l. 6. 7 D. ad l. Pomp. (48. 9). §. 6. 8 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 16 C. de quaest. (9. 41). l. 5 §. 6 C. ad leg. Jul. maj. (9. 8). Paul V, 4 §. 14, 23. §. 17. l. 9 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 29 §. 2 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. un. §. 2 C. de rapt. virg. (9. 13). Cic. p. Cluent. 20. J. Gothofr. ad l. 3 C. Th. de sicar. (9. 14). Schrader Instit. p. 767. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 18 n. 38. Richtiger Rein S. 200. 201. Ziegler S. 41. n. 2. S. 46 (nicht ganz übereinstimmend S. 48. n. 1).

3) l. 50. 109 D. de R. J. (50. 17) j. l. 10 §. 2 D. cit. Ziegler S. 46. n. 3 (s. übr. auch Leyser Sp. 534 med. 10 und Jauch ib. cit.).

4) L. 2 D. ad l. Pomp. (48. 9). l. 1 §. 18. l. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 6 §. 8. 9 D. de R. M. (49. 16).

5) L. 44 §. 1. l. 45 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 2 pr. l. 3. 4 pr. D. de nox. act. (9. 4). l. 1 §. 1 D. si familia (47. 6). vgl. Matth. Prol. c. 1. n. 15. 16. Singulär ist l. 4 §. 2 D. de off. procons. (1. 16).

6) Csa. 2. qu. 7. c. 55. Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. Nicht das Prinzip war falsch, aber die Präsumtion des dolus. vgl. Kaiserr. II. 59. Rechtsb. K. Ludwigs Tit. 4. §. 2. (Heumann p. 69).

7) Roßhirt Entw. S. 239. 240, theilweise auch Tittmann I. §. 111 (der in not. r. wenigstens auf die Erörterungen über das adstare in del. Rücksicht nimmt). Hélie II. p. 82. 83.

8) Farinac. qu. 51. n. 1. j. n. 4 sq. qu. 132. n. 29—31. (u. bes. Gandinus, Clarus, Menochius, Mascardus ib. citt.)

9) Farinac. qu. 130. n. 63. j. n. 61—71 und qu. 51. n. 4 sq.

dinaria abſtrahirten [1]). Auch diejenigen aber, welche der entgegengeſetzten Anſicht waren, ließen die Regel bei gewiſſen ſchweren Delikten nicht gelten [2]). Hiebei ließ es auch die deutſche Doktrin, wobei es nicht an allerlei willkührlichen Modifikationen fehlte [3]), wie denn namentlich Karpzov [4]) ſich — wenn auch nicht mit Entſchiedenheit und von Späteren meiſt ungefolgt — dahin neigte, Nichtverhinderung überhaupt und nur nach Umſtänden ſchwerer oder milder mit einer poena extraordinaria zu bedenken. Auch bei ihm findet ſich aber das Bewußtſein, daß es Fälle der Nichtverhinderung gebe, die eine ſchwerere Strafe und ſelbſt die poena ordinaria verdienen. Während aber die Italiener zum Theil der Sache eine prozeſſualiſche Wendung gegeben, d. h. von einem in der Nichtverhinderung liegenden indicium societatis occultae ꝛc. geſprochen hatten, wofür man die Tortur in Ausſicht ſtellte, ſo unterſchied er mit andern derſelben [5]) zwiſchen conscii participes und einfachen (bloß paſſiven) conscii; die erſteren ſollten der poena ordinaria, die letzteren dagegen nur einer extraordinaria verfallen. Jene conscii participes, in welchen der ganz richtige Gedanke der doloſen Nichtverhinderer ſich verbarg, wurden ſpäter noch mehr materialiſirt, d. h. es wurde gefordert, daß ſie „bei dem Faktum wenigſtens einigermaßen konkurrirt haben ſollten“ [6]). Die ſofort auftauchende abſtrakte Rückſichtnahme auf die objektive Kauſalität bemächtigte ſich auch dieſer Lehre [7]) und es wurde unterſchieden, inwieweit das paſſive Verhalten zum Zuſtandekommen des Verbrechens beigetragen habe oder nicht. Eben hiermit entfernte man ſich aber von dem hier allein entſcheidenden ſubjektiven Momente immer mehr und überlieferte die ganze Frage einer Willkühr, deren Wirkungen noch heute fühlbar ſind. Namentlich wurde die Beziehung auf die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen immer mehr in den Hintergrund geſchoben und die Frage über die allgemeine Verhinderungspflicht vorangeſtellt, die man denn aus dem „ſtaatsrechtlichen“ Geſichtspunkte erörterte [8]). Mit Recht wurde nun meiſt eine ſolche in Abrede geſtellt, übrigens mit größter Willkühr eine Reihe von Ausnahmen gemacht, namentlich bei allen Staat u. Geſellſchaft berührenden Delikten, beim Vorhandenſein beſonderer Ver-

---

1) Gandinus tit. de praesumtion. n. 24. Menoch. arb. quaest. II. c. 355. ſ. dag. Farinac. qu. 51. n. 3 sq. Beim crimen. maj. wollten Bart. u. A. die Todesſtrafe verhangen. Bald. ſagte aber, dafür werde Bartolus Seele in inferno gemartert

2) Clar. §. fin. qu. 87. n. 1—3 (nimmt nur das crim. maj. aus). ſ. dag. Bajard. n. 13. 14. Felin., P. a. Plac. ſ. auch Matthaeus Prol. c. 1. n. 15. ſ. dag. Farin. qu. 51. n 53. 54. (crim. maj. und parric.).

3) Carpzov qu. 11. n. 44—55. qu. 134. n. 63—65. Kress p. 656. 657. 659. 66). Leyser Spec. 612.

4) Oberflächlich faßt ihn Roßhirt a. a. O. auf.

5) ſ. z. B. Clar. §. fin. qu. 87. n. 4. Drogh. ib.

6) Matth. ad lib. 48. tit. 6. c. 1. n. 8. Leyser Sp. 612 med. 7 und Brunnemann und Berger ib. citt.

7) Leyser l. c. med. 7—9. Sp. 541. med. 15. Böhmer ad Carpz. qu. 11. obs. 8. vgl. aber med. ad art. 177. §. 7.

8) ſ. ſchon Kress l. c., der den Unterſchied von Moral und Recht hereinbringt, — beſ. aber Quiſtorp §. 61. 62. Eiſenhart Rechtshändel X nr. 4. 7. Funkler de crim. omniss. c. 1. §. 7., Meiſter rechtl. Erk. I. dec. 30. n. 25—27. Westphal de consort. §. 21. Kleinſchrod I. §. 201 und Wieland und Püttmann ib. citt. Cocceji de socio I. §. 23. Hélie II. p. 82—84.

hältnisse ꝛc. ꝛc. [1]). Die Gesetzgebung des 18. Jhs. dagegen erklärte sich für allgemeine (wenn auch arbiträre) Bestrafung der Nichtverhinderung [2]), zum mindesten bei allen irgend gemeinschädlichen Delikten [3]), ohne den Gedanken der negativen Beihilfe zu respektiren, der im polizeilichen Gesichtspunkte untergieng, während die Reichsgesetze nur bei bestimmten Verbrechen (Hochverrath, Landfriedensbruch, Befehdung) eine allgemeine Verhinderungspflicht aufgestellt hatten [4]). Auch in der neueren Doktrin wurde meist der politische und polizeiliche Gesichtspunkt in den Vorgrund gestellt und der rechtliche in Verwirrung gebracht [5]). Zwar stellte Stübel beide nebeneinander [6]), so zwar, daß er gemäß seiner Vorliebe für das abstrakte Prinzip der objektiven Kausalität die Nichtverhinderer sogar unter die Miturheber rechnete. Allein es war klar, daß es dieses Falls der staatsrechtlichen Dedution gar nicht bedurft hätte. Daher verwarfen Andre die rechtliche Ausführung Stübels und hielten sich blos an die politische, welche übrigens jede Beschränkung auf schwerere oder besonders auf Staatsverbrechen verwarf [7]), wogegen die Meisten einen Mittelweg einschlugen, d. h. die Nichtverhinderung nur unter Voraussetzung bestimmter Verhältnisse [8]) oder auch wohl allgemein bei Staatsverbrechen [9]) für strafbar erklärten, dabei aber dieselbe unter den Gesichtspunkt der Theilnahme am Verbrechen (Beihilfe, resp. Miturheberschaft) stellten. Dieser Mittelweg war jedenfalls verwerflich. Man mußte sich entweder für den rechtlichen oder den polizeilichen [10]) Gesichtspunkt entscheiden, und, wenn man in der Nichtverhinderung nur noch ein besonderes Unterlassungsverbrechen sah, durfte man sie nicht als eine Art der Theilnahme betrachten. Richtiger aber haben mehrere Neuere beide Gesichtspunkte für sich gewürdigt, d. h. einerseits ein nur unter Voraussetzung bestimmter besondrer Verhältnisse begründetes polizeiliches Unterlassungsverbrechen der Nichthinderung angenommen, andrerseits aber anerkannt, daß darin auch eine wahre (negative) Theilnahme am Verbrechen liegen könne, dann nämlich, wenn sie vorher zugesagt gewesen sei [11]). Auch dies ist jedoch eine Halbheit; denn dasselbe muß von dolo ser Nichtverhinderung überhaupt angenommen werden, deren Beweis freilich

---

1) s. bes. Kleinschrod I. §. 201. 203.

2) Cod. Max. I. c. 12. §. 2. (Die Anm. berufen sich auf Grotius u. Pufendorf, bes. aber auf Leyser und Jauch.) Preuß. LR. II, 20. §. 80—82. vgl. sächs. Generale 30. April 1783. §. 21.

3) Theres. Art. 3. §. 13. 14 (wo aber dafür auch eine Rechtspflicht zur Anzeige begangener Verbrechen statuirt wird).

4) Gold. B. c. 24. §. 6. Erfl. d. Landfr. 1522. Tit. 11. Die P.G.O. schweigt.

5) N. Rev. S. 486—493.

6) Thatbestand §. 43—54. s. jedoch Theilnahme S. 58—62.

7) Oersted Grundregeln S. 201—211. v. Globig und Huster Abh. S. 150. Bernh. Turin üb. das Verbrechen geheim zu sein. Kap. 3. S. 40 f. Schröter §. 142.

8) Feuerbach §. 49. Tittmann I. §. 111. Roßhirt Entw. S. 242—215. Mittermaier n. 1. z. F. §. 49. Bauer Abh. I. 456 Not. Abegg S. 119. 120. Heffter §. 81. n. 2. Marezoll S. 128. 129.

9) Martin §. 77 (vgl. Kleinschrod I. §. 201.)

10) so Wächter §. 91. n. 88. Grolman §. 35. Henke I. 280—282.

11) Henke a. a. O. Mittermaier n. 1. z. F. §. 49. Hepp a. a. O. Heffter §. 84 a. E. Bauer Abh. I. 424.

durch eine vorher gegebene Zusage leichter zu führen sein wird [1]). Ist aber einmal dieser Satz festgestellt, so erscheint es als überflüssig und unwürdig, noch außerdem aus der — auch nicht dolosen — Nichtverhinderung ein allgemeines, oder auch für schwerere Verbrechen, gemeinschädliche, Staatsverbrechen u. dgl. berechnetes polizeiliches Unterlassungsvergehen zu machen [2]), vielmehr rechtfertigt sich dies bloß für besonders zu Aufmerksamkeit verpflichtende Dienst- oder häusliche Gewaltsverhältnisse. Was endlich die Frage betrifft, ob unter Voraussetzung des dolus in der Nichtverhinderung auch mehr als bloße Beihilfe, nämlich wahre Miturheberschaft liegen könne, so ist diese, sobald man das abstrakte Prinzip der objektiven Kausalität verwirft [3]), unbedenklich zu bejahen [4]).

2) Von den deutschen Gesetzgebungen der neueren Zeit war die östreichische die erste und die einzige, welche im Wesentlichen rein den rechtlichen Gesichtspunkt festhielt, indem sie eben nur die dolose Nichtverhinderung mit Strafe bedrohte und nur beim Hochverrathe die Strafe höher ansetzte [5]). Dagegen herrscht im bairischen bereits wieder der polizeiliche (Art. 78), jedoch ohne Beseitigung des rechtlichen, der seinen richtigen Ausdruck gefunden hat [6]). Ebenso im sächsischen (Art. 39), wo nur statt des dolus „eigner Vortheil" verlangt und das Polizeivergehen [7]) auf schwerere Verbrechen eingeschränkt, übrigens zugleich die allgemeine Strafbarkeit der Nichtverhinderung bei vorhandener Amtspflicht ausdrücklich hervorgehoben wird. Den rein polizeilichen Boden betraten das Wirtemberg. (Art. 93) [8]), Braunschw. (§. 48) [9]), Bad. (§. 146) [10]) und Preuß. (§. 39) [11]) GB., indem sie die Verhinderung, resp. Anzeige fremder Verbrechen in größerem oder geringerem Umfange zu einer allgemeinen Bürgerpflicht machen, ohne auf den Begriff der Theilnahme zu reflektiren, — Bestimmungen, die übrigens die Praxis durchaus nicht hindern, bei nachweis-

---

1) Eine Annäherung hieran s. bei Tittmann I. §. 111. not. r. und Luden Hdb. I. 363. n. 11. S 458 (?). Bestimmter bei Jarcke I. §. 37. Berner S. 227. 232. vgl. Hufnagel III. 99. 121. StrafGB. mit Anm. S. 90. n. 1.

2) Viel zu weit geht hier noch Jarcke a. a. O. s. dag. bes. Henke, Luden a. a. O. Hepp N. Arch. 1849. S. 292. N. Rev. S. 492. 493. vgl. Hélie III. 65. 66. Mittermaier Fortbildung I. 178.

3) vgl. die entgegengesetzten Entscheidungen von Stübel a. a. O. und Luden Abh. II. 251 f. und Hdb. I. 363. 458.

4) s. N. Rev. S. 492. vgl. Roßhirt Entw. S. 244. 263. A. M. Kleinschrod I. §. 183. Henke I. 268. Berner S. 278. 279.

5) §. 191. 192. Jenull II. 392 f. vgl. jetzt §. 212 213. 215. Derselbe richtige Gedanke findet sich auch im Wirtemb. Majest.Ges. von 1810. Art. 9. 10. s. auch das Zürch. GB. §. 54. 55, das jedoch mit Unrecht bloß unter besonderen Verhältnissen Strafbarkeit annimmt.

6) Der C. pénal hatte sich nur auf den polizeilichen Boden gestellt, übrigens die Nichtanzeige nur bei bevorstehenden Staatsverbrechen für strafbar erklärt. art. 103—107. Das Gesetz 28. April 1832 hob jedoch diese Bestimmungen auf.

7) Das freilich kriminell bestraft wird. Im Wesentlichen übereinstimmend ist das thüring. GB. Art. 39 und der sächs. Entw. Art. 66.

8) vgl. Art. 143. 213. 215. 216. u. in Bez auf Beamte Art. 402. 408, 2. 3. Art. 441, 444, 2. 445, 1. Hufnagel I. 189—197. III 124—126. StrafGB. m. Anm. S. 88—90, u. (zum Theil kleinlich u. gesucht) Hepp N. Arch. 1849. S. 135—154.

9) über Amtsverhältnisse s. §. 270. 278. 281. Auch die Nichtverhinderung kulposer Verbrechen ist als strafbar erklärt. Breym. S. 209. 210.

10) Thilo S. 158. 159.

11) Beseler S. 171—174. Goltdammer I. 343—345.

barem dolus den Gesichtspunkt der Theilnahme (Beihilfe oder Urheberschaft) eintreten zu lassen, besonders dann, wenn die Nichtverhinderung zuvor versprochen war [1]). Im geringsten Maß wurde der polizeiliche Standpunkt im Hannövr. (Art. 67. 68. 126) [2]) und Hess. (Art. 92) [3]) GB. ausgebeutet, von welchen Bestimmungen übrigens das Ebengesagte gleichfalls gilt. Beide nämlich stellen beim Hochverrathe eine allgemeine Verhinderungspflicht auf, beschränken dieselbe aber sonst auf Verhältnisse des öffentlichen Dienstes und der häuslichen Gewalt, — jedoch so, daß es möglich bleibt, auch andre Personen wenigstens wegen versprochener Nichthinderung als negative Gehilfen zu strafen [4]). In Wirtemberg ist im J. 1849 der Art. 93 aufgehoben, übrigens doch die Ausnahme bei Hochverrath und Münzverbrechen aufrecht erhalten worden [5]). Eine richtige Bestimmung ist es jedenfalls, wenn den näheren Verwandten meist (soweit nicht Amtspflicht eingreift) [6]) nur eine nicht zum obrigkeitlichen Einschreiten führende Verhinderungsthätigkeit zur Pflicht gemacht wird [7]) (theilweise auch den Beichtvätern, z. B. in Wirtemb., im thüring. GB. ꝛc.).

3) Wo es sich um bereits begangene Verbrechen handelt [8]), da kann begreiflich von einer negativen Beihilfe nur dann die Rede sein, wenn die Nichtanzeige des Verbrechens für den Fall, daß es begangen sein würde, vorher zugesagt wurde.

2. Intellektuelle Urheberschaft.

§. 96.

Den Gegensatz zu dem in der Beihilfe (§. 93) liegenden passiven Momente des Bestimmtseins oder Sichbestimmenlassens bildet das in der intellektuellen Urheberschaft (Anstiftung) überwiegend hervortretende aktive Moment des Bestimmens, sofern hier ein Subjekt abstrakt als geistiger Schöpfer einer Handlung auftritt, behufs deren physischer Vollziehung mithin ein andres Individuum — sei es als Gehilfe oder als Urheber (§. 94 a. E.) — hinzutreten muß.

---

1) s. bes. Hufnagel a. a. O.

2) Bauer Anm. I. 513 f. Leonhardt I. 289. 290. Sowohl in Amts- als häuslichen Verhältnissen ist dolus vorausgesetzt.

3) vgl. Art. 88, 2. 131. 138. Breidenbach I, 2. S. 401—403. 416—422. Bei Beamten ꝛc. wird dolus erfordert, in Art. 88, 2 nicht.

4) Breidenbach S. 419. Hannövr. GB. Art. 68, nr. 5.

5) s. darüber eine verbitterte Kritik b. Hepp N. Arch. 1851. S. 53 ff. Natürlich ist auch die Strafbarkeit der Nichtverhinderung in Amtsverhältnissen stehen geblieben. Das Richtige trifft der bair. Entw. Art. 52—54, doch beschränkt er die Strafbarkeit doloser Nichthinderung überhaupt unnöthiger Weise auf die schwersten Verbrechen.

6) s. Sächs. und Thüring. GB. a. a. O. Braunschw. §. 49.

7) Bair. GB. Art. 79. Sächs. Art. 41, 2. Hess. Art. 88, 2. Bad. §. 147. Thüring. Art. 40. Wirt. Ges. 13. Aug. Art. 21. Bair. Entw. Art. 52. Zürich. GB. §. 55. Anders preuß. GB. a. a. O. Eigenthümlich ist das Braunschw. GB. §. 49. vgl. Hannövr. Art. 68. nr. 6.

8) Wozu auch abgeschlossene Versuche, fortgesetzte und fortdauernde Verbrechen gehören. Theilweise A. M. Hepp N. Arch. 1849. S. 142—144.

Von einem Kauſalitätsverhältniſſe iſt jedoch in der Sphäre der Freiheit nie die Rede. Soll daher durch intellektuelle Einwirkung ein Verhältniß der Theilnahme (§. 92) begründet werden, ſo muß auf Seiten des Thäters ſtets Selbſtbeſtimmung (in Form des dolus oder der culpa) vorhanden ſein. Es findet ſomit keine intellektuelle Urheberſchaft als ſolche ſtatt, wo beim Thäter die Zurechnung wegfällt, derſelbe alſo nur als willenloſes Werkzeug des intellektuell Einwirkenden erſcheint. Dies iſt dann der Fall, wenn der Thäter zurechnungsunfähig oder von dem intellektuell Einwirkenden in einen die Zurechnung aufhebenden Irrthum verſetzt iſt. In beiden Fällen erſcheint der Letztere ebenſowohl als alleiniger (unmittelbarer — §. 90) Urheber, wie dann, wenn er den Thäter vermittelſt einer vis absoluta wirken läßt, wo die intellektuelle Thätigkeit völlig in die phyſiſche übergeht. Intellektuelle Urheberſchaft als ſolche (Anſtiftung) ſetzt vielmehr überall einen Thäter voraus, der ſich durch die intellektuelle Einwirkung zu wirklichem Handeln beſtimmen läßt. Sie erfordert daher auch auf Seiten des intellektuell Einwirkenden ſtets dolus, während die zuvor beſchriebene (resp. intellektuelle) Urheberſchaft auch kulpos ſtattfinden kann. Ihr Stufengang iſt a) Anſtiftung zu bloß kulpoſer Thätigkeit oder bloßer Beihilfe, b) Anſtiftung zu doloſer Thätigkeit eines ſchon für ſich Entſchloſſenen, c) eines noch nicht für ſich Entſchloſſenen. R. Rev. §. 139—142 [1]).

1) Die Darſtellung der Lehre von der Anſtiftung leidet bei älteren und neueren Kriminaliſten vielfach an Unklarheit, Unbeſtimmtheit und Einmiſchung falſcher oder nicht hierhergehöriger Vorſtellungen. Hierher gehört vor Allem die irrige Ausdehnung des Begriffs der intellektuellen Urheberſchaft (Anſtiftung) auf die im §. bezeichneten Fälle, wo der intellektuell Thätige vielmehr alleiniger (unmittelbarer) Urheber iſt. Gänzlich verkehrt iſt es, wenn dies ſogar für den Fall geſchieht, wo der eine den andern durch körperlichen Zwang (vis absoluta) zur Begehung eines Verbrechens verwendet [2]). Allein daſſelbe findet auch dann ſtatt, wenn die Einwirkung eine bloß intellektuelle, der Thäter aber unzurechnungs-

---

1) ſ. die Literatur zu §. 89. Dazu Stryk de j blanditiarum 1672. de j. persuasionis 1678. de imputatione facti alieni 1688. de mandato delinquendi 1690. Gebauer de imputat. facti alieni. 1726. Lyncker de mandato rei turpis. 1699. Püttmann opusc. n. 1. 7. Leyser Sp. 183. 534. Reinharth, Cramer zu §. 93. Anm. 5. citt. Schwendendörffer de comminatione 1668. Gerdes de minis. 1681. Crell de poena instigationis 1751. Ziegler de ratihabitione 1670. Emminghaus de mandato tacito 1794. Abegg N. Arch. XIV. 453 f. 1841. S. 379 f. Heyer Abhandl. I. 33 ff. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 498 f.

2) ſ. z. B. Kitka Zuſammentreffen S. 55. Mittermaier n. 1. z. Feuerb. §. 46. vgl. Bair. GB. Art. 46. Sächſ. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hannövr. Art. 53. Heſſ. Art. 71. Braunſchw. §. 41. Thüring. Art. 34. Beſeler S. 155. — ſ. dag. Anm. z. bair. GB. I. 157. Luden Hdb. I. 354 n. 4. Berner S. 283. 284. Goldtammer I. 304.

fähig oder wegen unvermeidlichen Irrthums außer Zurechnung war [1]). Auch steht hiemit der Fall des gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehls rechtlich auf gleicher Stufe, wenn gleich dieser die Zurechung bei dem Gehorchenden nicht aufhebt [2]). In allen diesen Fällen kann von Theilnahme nicht die Rede sein. Daher ist auch in denselben für die Strafbarkeit des Urhebers keineswegs dolus die nothwendige Voraussetzung [3]).

2) Sind aber hiemit die Fälle richtig abgegrenzt, so erhebt sich vor Allem die Vorfrage, ob denn überhaupt durch intellektuelle Einwirkung Urheberschaft begründet werden könne? Was das öffentliche Strafrecht der Römer betrifft, so fällt die Frage deshalb hinweg, weil der vorwiegende subjektive Gesichtspunkt den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe ganz absorbirte s. §. 93. Anm. 5. Anders verhält es sich allerdings im Privatstrafrecht. Hier wäre es in der Konsequenz des Begriffs gelegen, bloß intellektuelle Thätigkeit überall für rechtlich indifferent zu erklären. Wenn nun aber gleichwohl die römische Jurisprudenz in der allgemeinen Tendenz, den Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht allmälig zu verebnen, an dieser Konsequenz nicht festhielt [4]), so war ihr Benehmen hiebei ebenso willkührlich und Prinzipien vermengend, als das der mittelalterlichen Juristen, welche römisches und germanisches Recht zu verebnen sich bemühten, — ja er arbeitete dieser offenbar vor, sofern aus der Natur des Privatdelikts nothwendig das Prinzip der abstrakten objektiven Kausalität als vorherrschendes abgeleitet werden mußte [5]). — Eben dieses Prinzip fand sich nun auch im germanischen Rechte, wenn auch keineswegs in der Einseitigkeit,

---

1) Oersted Grundregeln S. 183–186. Martin §. 80. n. 6. Heffter §. 79. Marezoll S. 125. n. 1. Luden Abh. II. 333 f. Hdb. I. 356–358. Berner 282. 284. 289. N. Rev. S. 510–513. Mehrere ignoriren ganz die Ausführung durch einen Zurechnungsunfähigen (namentlich auch Berner). Die angef. GBücher rechnen auch diese Fälle irrig zur Anstiftung. s. auch Preuß. GB. §. 34, (zu rektifiziren sucht Goldtammer I. 301. 302. 304. vgl. Temme Glossen S. 102. 107) nicht aber auch das östr. §. 5, wie Hye S. 227 behauptet. vgl. sächs. Entw. Art. 61.

2) Mit der schulmeisternden Bemerkung von Berner S. 282 unt. vgl. den klaren Wortlaut in der N. Rev. S. 511 (!); s. auch Luden Hdb. I. 355. n. 1. S. 455. Dagegen gehören hierher weder der Befehl überhaupt, noch Drohung, vis compulsiva ꝛc., wie Heffter, Luden u. A. behaupten. Auch ist es unrichtig, wenn Luden gerade in diesen Fällen, und nur in diesen „intellektuelle" Urheberschaft annimmt.

3) Daher wird der richtige Satz, daß es nur dolose Anstiftung gebe, bei allen denen relativ falsch, welche die gedachten Fälle zur Anstiftung rechnen. Unbestimmt ist Mittermaier N. Arch. III. 126. 128. Sehr willkührlich sind die Definitionen von Ursacher, Thäter und Anstifter b. Ziegler S. 17. 18. 34. 35.

4) s. Meine Schrift: Mord und Todtschlag S. 70 ff. vgl. Roßhirt Entw. S. 236. 237. Auch im öffentlichen Strafrecht kamen Inkonsequenzen vor, z. B. bei der Kalumnie. l. 1 §. 13. l. 15 pr. D. ad Sct. Turp. (48. 16) j. l. 2 C. Th. de calumn. (9. 39). l. 8 C. J. eod. (9. 46). — L. 20 D. de his qui not. (3. 2) darf dabei nicht irre machen. Matth. Proleg I. c. 10. Rein S. 813. n. *.

5) Doch verfuhren die römischen Juristen hiebei sehr maßhaltend. A. M. sind freilich viele Aeltere und Neuere (s. §. 93. Anm. 5), die Meisten deßhalb, weil sie modernere Ansichten aus den römischen Quellen zu belegen suchten, aber auch solche, die als Historiker vom reinsten Wasser gelten wollen.

wie Viele behaupten [1]). Zwar iſt ausnahmsweiſe [2]) für Anſtiftung die gleiche Strafe wie für die Thäterſchaft beſtimmt (beim Dingen um Lohn, beim Erſuchen zu falſchem Zeugniſſe ꝛc.) [3]). Aber die Regel iſt, daß die Verantwortung des pſychologiſchen Theilnehmers durch Rath oder Anſtiftung geringer ausfällt [4]), d. h. daß derſelbe nicht als Urheber, ſondern als bloßer Gehilfe angeſehen wird. Im MA. ſcheint keine gleichförmige Rechtsanſicht geherrſcht zu haben (§. 92. Anm. 2. §. 93. Anm. 5). Jedenfalls faßten die italieniſchen Juriſten das germaniſche Recht als vorzugsweiſe der objektiven Kauſalität huldigend auf. Indem ſie nun römiſch-(kanoniſches) und germaniſches Recht zu vermitteln ſuchten, verfuhren ſie zwar eklektiſch, zeigten aber im Ganzen doch noch einen richtigen Takt. Sie nahmen nämlich vornweg mit Entſchiedenheit an, daß eine intellektuelle Urheberſchaft möglich ſei, obwohl zugleich ein phyſiſcher Urheber zur Verantwortung gezogen werden müſſe, folgten alſo hierin dem römiſchen und kanoniſchen Rechte, dem der — wenn auch nicht nezeſſitirend — in That übergegangene Wille genügt, falls er nur unter den Beſtimmungsgründen der letzteren enthalten iſt [5]). Daneben aber unterſchieden ſie bereits richtig, ob der intellektuell Thätige eine eigene Abſicht durchſetzen oder nur eine fremde unterſtützen wolle (mandatum-consilium) [6]). Im erſteren Falle unterwarfen ſie ihn der Regel nach der poena ordinaria, im letzteren einer extraordinaria, d. h. ſie erklärten ihn (freilich ohne die Begriffe zu haben) für Urheber oder Gehilfen [7]). Zugleich aber wollten ſie dem germaniſchen Rechte gerecht werden, dem ſie den Geſichtspunkt der abſtrakt objektiven Kauſalität zuſchrieben, und welchem zulieb ſie bei dem auxilium (der phyſiſchen Beihilfe) den Unterſchied zwiſchen auxilium proximum und remotum, causam dans und nicht unmittelbar causam dans feſtſtellten. War dies einmal geſchehen, ſo ließ ſich auch beim consilium (der intellektuellen Beihilfe (deren Unterſchied von der Anſtiftung freilich von den verſchiedenen Schriftſtellern ſehr verſchieden beſtimmt wurde) dieſelbe Rückſichtnahme nicht abweiſen [8]), und es lag kein Hinderniß vor, denſelben Unterſchied

---

1) ſelbſt Roſenvinge Dän. Rechtsgeſch. II. §. 157. ſ. dag. Wilda S. 627—635.

2) Nicht hierher gehört der Befehl, der den Befehlenden in ſehr weitem Umfang zum alleinigen Urheber macht. Ed. Roth. c. 253. L. Sax. XI, 1. L. Bajuv. II, 8. Ines Geſ. c. 57.

3) L. Sal. em. XXX, 1—3. LVII, 6. — L. Liutpr. 63.

4) Ed. Roth. c. 10. 11. L. Liutpr. c. 71. 134. 138. L. Sal. em. XLIII, 12. L. Fris. Tit. 2. L. Wisig. VI. 5. §. 12.

5) Wie ſehr übrigens auch in dieſer Beziehung das Prinzip der objektiven Kauſalität zu ſchaffen machte, zeigt die wunderliche, Aristoteles u. Christus citirende, und — wie immer bei jenen Juriſten — prinziploſe Ausführung in Decian. tr. crim. IX. c. 32. Der Satz ſelbſt war jedenfalls communis opinio.

6) Bald. ad l. 20 D. de his qui not. (3. 2). Ang. und Aug. ad Ang. §. Et Sempronium n. 1. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 43. Farin. qu. 129. n. 8—20 und die dort Angef. n. 69. 70. Decian, tr. crim. IX. 31. n. 2.

7) ſ. die bei Farin. l. c. n. 24 Angeff. Ueber die einzelnen Fälle waren die Anſichten freilich ſehr verſchieden. eb. n. 26—31. 36 sq. Decian, IX. 31. Clar. §. fin. qu. 88. n. 2. Bajard. n. 7. Angel. Cons. 22. n. 1 sq. Bertaz. I. cons. 62. Bero. III. c. 175. nr. 15. Grat. II. cons. 52. n. 2. 37. 41. 43. ſ. auch Decian. VIII. c. 10. §. 13. c. 16. n. 36.

8) Clar. §. fin. qu. 88. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 50. i. f.

ſogar auf das Mandat (die eigentliche Anſtiftung) zu übertragen [1]) (ſ. Anm. 4). Jedenfalls war es aber durchaus vorherrſchende Anſicht der Italiener, daß zwiſchen einer ſchöpferiſchen und einer bloß acceſſoriſchen intellektuellen Thätigkeit zu unterſcheiden und im erſten Fall durchaus die poena ordinaria anzuſetzen (d. h. Urheberſchaft anzunehmen) ſei, und zwar gründeten ſie jenen Unterſchied faſt durchaus nur auf das eigene oder fremde Intereſſe an der Begehung der That [2]). Dieſe treue Feſthaltung des ſubjektiven Moments war von größter Wichtigkeit für die P.G.O., welche Art. 107 unbedenklich davon eine Anwendung beim Meineide macht [3]), und im Unterſchiede davon den Rath im Art. 40 der Beihilfe zugeſellt. Wie nun freilich die P.G.O. den Rath, wie ſie die Anſtiftung eines alias facturus etc. angeſehen wiſſen wolle, ſagt ſie nicht, und es liegt nur die Vermuthung nahe, daß ſie hierin auf die angef. italieniſche Doktrin habe verweiſen wollen. Jedenfalls hat ſich dieſer die deutſche Doktrin angeſchloſſen. Namentlich ſcheidet Karpzov die intellektuelle Beihilfe noch viel beſtimmter von der Anſtiftung, und zwar ganz auf ſubjektivem Boden [4]). Erſtere unterwirft er nie der poena ordinaria, um ſo gewiſſer aber die letztere [5]). — Freilich waren nun aber mit der Unterſcheidung von mandatum und consilium nur ſehr allgemeine Anhaltspunkte gegeben, und die römiſch-kanoniſche und die germaniſche Auffaſſung bloß äußerlich zuſammengeleimt. Als nun mit dem Eindringen des philoſophiſchen Elements die erſte prinzipielle Behandlung auch in dieſer Lehre ſich zu regen begann, wurde allerdings zunächſt das Prinzip der objektiven Kauſalität das vorherrſchend beſtimmende. Gleichwohl ſah man auch jetzt ein, daß bei bloß intellektueller Einwirkung von einer nezeſſitirenden Urſache nie die Rede ſein könne, und nahm daher zu der ſchillernden Vorſtellung einer causa moralis ſeine Zuflucht [6]). Da nun die Fälle, wo die causa moralis zur physica wird (Anm. 1) als zweifellos ausgeſchieden werden mußten, ſo blieb

---

Carrer. pract. de homic. §. de persuad. n. 7. Farin. qu. 129. n. 95–98. und die dort Citt. u. n. 107 sq.

1) Damhouder c. 133. n. 3. 7. vgl. die Unterſcheidung von causa prima und secunda bei Decian. IX. c. 33. n. 8. u. bei den vielen von Farin. qu. 135. n. 102 sq. Angef.

2) ſ. Farin. qu. 129. n. 8—20. 38. 130—139. qu. 135. n. 96 sq. Im Uebrigen war freilich die Materie ſehr beſtritten, und es fehlte noch ſehr an beſtimmten Prinzipien.

3) A. M. Luden Abh. II. 344 f. Hdb. I. 358. n. 4. S. 456. n. 4., der jedoch den Art. 107 auf äußerſt gezwungene Weiſe auslegt. — Im Art. 107 iſt der Ausdruck: Anrichten gebraucht, Art. 49. Beſtellen. Auch Urſacher kommt vor. Art. 127. 148 (?). Bamb. Art. 152. RA. 1555. §. 43. 45. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 7. n. 11. Heffter §. 83. n. 4. Ziegler S. 18. n. 1. Zachariä N. Arch. 1850. S. 272. F. Roßhirt eb. S. 501. 502. 508. 509. vgl. c. 1 de homic. in 6° (5. 5).

4) qu. 87. n. 4—6. j. qu. 4. n. 3.

5) Bei der Anſtiftung eines alias facturus nimmt auch er irrig an, daß die Anſtiftung zur Beihilfe herabſinke, wobei er der von Farin. getadelten Diſtinktion des Decianus folgt. qu. 4. n. 27—29. vgl. Carpzov qu. 37. n. 45—47. qu. 38. n. 48—57.

6) ſ. beſ. Böhmer obs. 1. ad C. qu. 4. obs. 1. ad qu. 87 und Med. ad art. 177. §. 2 sq. Stryk in den angef. Schriften. vgl. Kress p. 644. 645. Matth. Proleg. I. 12. (vgl. 8). Quiſtorp I. §. 59. 60. Klein Grundſ. §. 138. 140. Püttmann Elem. §. 50.

für die wahren Fälle intellektueller Einwirkung auf einen Selbſtwollenden nur der quantitative Unterſchied von concursus proximus und remotus übrig, wobei der elaſtiſche Begriff einer causa moralis aller Willkühr gerecht werden konnte [1]). Hiegegen war es ein Vortheil, wenn bei beſtimmterem philoſophiſchem Bewußtſein ein ſolches Nothmittel preisgegeben und das Prinzip der objektiven Kauſalität mit unzweideutiger Entſchiedenheit aufgeſtellt wurde. Nur erſchien es von hier ab als abſoluter Widerſpruch, wenn intellektuelle Thätigkeit überall noch als Urheberſchaft prädizirt wurde, während doch höchſtens der aus jener Anſicht erwachſene Begriff des Hauptgehilfen dafür einen Halt darbot [2]). Erſt ſeit der Zeit, da der Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe überhaupt wieder von der Feſſel der abſtrakten Kauſalität befreit wurde, war es auch überhaupt möglich, ohne Inkonſequenz von intellektueller Urheberſchaft zu ſprechen. Gleichwohl treten auch bei den Vertheidigern dieſer neueren Anſicht noch häufig einzelne Konſequenzen der früheren Anſichten zu Tage [3]). — In der neueren Geſetzgebung iſt nicht der mindeſte Zweifel darüber, daß man auch durch bloß intellektuelle Thätigkeit Urheber werden könne [4]).

3) Intellektuelle Urheberſchaft iſt wie intellektuelle, ja wie Theilnahme überhaupt nur dolo möglich [5]). Dieſer Satz iſt in der neueren Doktrin und Geſetzgebung anerkannt [6]), wird aber in der Regel dadurch ſchief, daß der Begriff der Anſtiftung zu weit genommen wird (Anm. 1) [7]).

4) Wenn von Anſtiftung (intellektueller Urheberſchaft) allerdings nicht die Rede ſein kann, wo der Thäter nur als Werkzeug des intellektuell Einwirkenden

---

1) Zum Beweiſe dient der Cod. Max. I. 12. §. 5. 6., wo der Unterſchied von causa principalis und concomitans unbedenklich auf alle Arten der intell. Thätigkeit angewandt wird (mit Berufung auf Stryk, Cocceji, Böhmer u. A.). Anders die Theres. art. 3. §. 6, welche den römiſch-kanoniſchen Standpunkt einnahm, — wogegen das Preuß LR. ſich im Weſentlichen noch ganz auf Karpzovs Standpunkt ſtellte. II. 20. §. 67—70. j. 76—79.

2) ſo bei Kleinſchrod I. §. 177. 182 f., Stübel Thatbeſt. §. 27. 28. (vgl. N. Rev. S. 452), Feuerbach, Grolman, Martin u. A. ſ. §. 90. Anm. 2. §. 93. Anm. 1. Der Widerſpruch wird aber um ſo greller, wenn Stübel, Mittermaier u. A. (ſ. §. 90. Anm. 3) ſogar gerade den Anſtifter allein Urheber genannt wiſſen wollen. Der gedachte Widerſpruch iſt vermieden von Luden Hdb. I. 354—358, der jedoch S. 355. n. 1 von ſeinem beſchränkten Geſichtspunkte aus ſehr unberechtigt gegen die richtige Anſicht polemiſirt. N. Rev. S. 529 f. ſ. auch Stübel Theiln. S. 110 f.

3) Der angeblich germaniſchen Anſicht von Luden gegenüber ſteht ebenſo iſolirt die den römiſchen Geſichtspunkt repriſtinirende Anſicht v. Schirachs N. Arch. III. 415 f. Wunderliche Zweifel bei Hepp N. Arch. 1846. S. 342—347 u. 1848. S. 301—308.

4) Oeſtr. GB. §. 5 (Beihilfe gleichſtellend). vgl. Jenull I. 168 f. Hye S. 227. 228. Bair. GB. Art. 46. Sächſ. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hann. Art. 53. Braunſchw. §. 41. Heſſ. Art. 71. Bad. §. 119. Thüring. Art. 34. Preuß. §. 34. Zürch. GB. §. 49. Wadtl. Art. 41. Aus „allgemeinen Gründen" hat auch Luden Hdb. I. 356 Not. nichts hiegegen.

5) N. Rev. §. 141. Mit Unrecht wurde hier auch luxuria zum dolus gezählt. ſ. auch Hefftter §. 79. n. 3.

6) ſ. jedoch bair. GB. Art. 46 und dag. Arnold N. Arch. 1843. S. 246 ff.

7) Daher ſind auch die Diſſentienten relativ im Rechte; ſ. z. B. Kress p. 645. Böhmer med. ad art. 177. §. 2. 5. Tittmann I. §. 102. not. p. Quiſtorp §. 60 a. E. ſ. übr. auch Breidenbach I, 2. S. 231—233. Leonhardt I. 240. 241. Jenull I. 117.

erſcheint, ſo verhält es ſich anders, wenn der Thäter ſelbſt wenigſtens als Gehilfe oder wegen culpa verantwortlich wird [1]), da in beiden Fällen ſeinerſeits eine wirkliche Handlung vorliegt, mithin der Begriff der Theilnahme allerdings ſeine Anwendung findet. Noch mehr natürlich, wenn der Thäter ſelbſt als doloſer Urheber erſcheint. Hier war es nun aber von Alters her ſehr beſtritten, wie die Anſtiftung eines ſchon vorher Entſchloſſenen rechtlich anzuſehen ſei? Ueber das römiſche Recht ſ. §. 93. Anm. 5 [2]). Bei der Vermittlungstendenz der italieniſchen Jurisprudenz mußte ſich nothwendig die Frage aufdrängen, ob nicht in dem fraglichen Falle eine bloße poena extraordinaria am Platze ſei? Die Frage wurde jedoch verſchieden beantwortet. Darüber nämlich war man allerdings einverſtanden, daß dies bei dem consilium eintreten müſſe, da man dies von vorn herein unter den Geſichtspunkt des auxilium ſtellte, bei welchem man allgemein das Prinzip der objektiven Kauſalität entſcheiden ließ, das hier durch die Unterſcheidung zwiſchen alias facturus u. non facturus nur eine ſubjektive Modifikation erhielt. Dagegen war es beſtritten, ob eben dieſe Unterſcheidung überall auf den Fall der eigentlichen Anſtiftung (das Mandat) übergetragen werden dürfe [3])? Indeſſen wurde die Frage doch von den Meiſten bejaht [4]), und zwar in der Weiſe, daß man ein einem alias facturus ertheiltes Mandat als bloßes consilium (d. h. als Beihilfe) behandelte, was jedoch Einige nur für den Fall gelten ließen, wenn der mandans gewußt habe, daß er es mit einem alias facturus zu thun habe [5]). Eben dieſer Anſicht ſchloß ſich Karpzov [6]) an. Wenn denn die hierauf immermehr in Aufnahme kommende Theorie der objektiven Kauſalität da und dort die Berückſichtigung des ſubjektiven Moments in den Hintergrund drängte [7]), ſo blieb es doch jedenfalls herrſchende Anſicht, daß im Fall der

---

1) Unbeſtimmt Breidenbach I, 2. S. 232 unt. 235—238; Luden Hdb. I 358. n. 4. 455. Falſch Leonhardt I. 240; auch N. Rev. S. 513. ſ. dag. Bauer Abh. I. 439. Feuerbach §. 46. Mittermaier im N. Arch. III. 142. Kitka S. 56. Berner S. 289. 290 (der aber ſeinerſeits zu weit geht, ſ. o.). Braunſchw. GB. ed. Breym. S. 203. Häberlin I. 54. Schwierig wird die Frage nach dem Reat im preuß. Recht. Goldtammer I. 301. 302.

2) Sehr beſtritten war namentlich von jeher die l. 11 §. 6 D. de injur. (47. 10). ſ. beſonders Grolman §. 33. not. c. Martin §. 80. n. 6. Tittmann I. §. 106. not. q. Wächter I. §. 89. n. 79. Feuerbach Rev. II. 255. Werner §. 238. Mittermaier N. Arch. III. 126. 128. n. 1. Zachariä Verſuch II. §. 196. Ziegler S. 18 Note. Luden Abh. I. 296. n. 1. Hdb. I. 463. n. 4. Hefftter §. 83. n. 4. §. 87. n. 2. Matth. Proleg. c. 1. n. 10. N. Rev. S. 532—534.

3) Bart. ad l. 11 §. 3 D. de injur. (47. 10). n. 19. Angel. §. Et Semqron. n. 1. 2. 43. i. f. Bertaz. Cons. II. 341. n. 14 sq. Bald. ad l. 20 D. de his qui not. (3. 2). n. 3., ad l. 5 C. de accus. (9. 2). n. 23., ad l. 9 D. quod. met. (4. 2)., ad l. 1 C. de serv. fugit. (6. 1) n. 7., ad l. 1 §. 3 D. de serv. corrupto (11. 3). Corneus cons. IV. 57. n. 6 sq. August. ad Ang. l. c. Socin. jun. Cons. II. 38. n. 18. Boer. Decis. 262. n. 2. Menoch. arb. puaest. II. c. 351. 352. vgl. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1. Damhouder c. 133. n. 3. 7.

4) ſ. überh. Farin. qu. 129. n. 130—139.

5) ſ. beſ. Decian. tract. IX. c. 36. n. 14 sq.

6) qu. 4. n. 27—29.

7) ſ. z. B. Kress p. 645. und Matth. ib. cit. (Prol. I. n. 8) ſ. jedoch auch Matth. ad l. 48. tit. 18. c. 4. n. 18.

(vermeintlichen) Anſtiftung eines alius facturus von der poena ord. nicht die Rede ſein könne [1]), und die Frage war nur, ob der Fall unter den Begriff der Beihilfe [2]) oder den des Verſuchs [3]) zu rubriziren ſei? Erſteres iſt nun zwar ein ſehr alter, aber darum nicht minder handgreiflicher Irrthum [4]). Neuerdings iſt aber auch gegen das Letztere Einſprache erhoben und die Anſicht von Clarus gegen eine mehrhundertjährige Doktrin und Praxis wieder aufgewärmt worden [5]). Die neueren Geſetzgebungen laſſen, mit Ausnahme des badiſchen GBs [6]), den Fall unentſchieden; die Kommentatoren ſchließen ſich theilweiſe der irrigen Meinung an, daß hier intellektuelle Beihilfe anzunehmen ſei, wogegen Andre der richtigen Anſicht folgen [7]). — Daß übrigens dem für ſich Entſchloſſenen der bereits von einem Dritten Angeſtiftete gleich ſteht, verſteht ſich von ſelbſt [8]).

§. 97.

Direkte Mittel der Anſtiftung ſind: der Auftrag, der Befehl, die Bitte, die abſichtliche Erregung oder Benützung eines Irrthums. Dagegen ſind Rath, Unterricht, Zureden, Wunſch, Lob und Genehmigung eines verbrecheriſchen Vorhabens Formen, in welche ſich ebenſowohl intellektuelle Urheberſchaft, als bloße intellektuelle Beihilfe kleiden kann. N. Rev. §. 142.

1) Die italieniſche Jurisprudenz vor und nach der P.G.O. unterſchied wenigſtens mandatum u. consilium als die beiden Hauptformen intellektueller Betheiligung im Weſentlichen ganz richtig nach dem ſubjektiven Momente des Intereſſes an der That, d. h. als intellektuelle Urheberſchaft und Beihilfe; ebenſo,

---

1) Böhmer Med. ad art. 177. §. 4. Stryk de mand. rei turp. n. 53. Quiſtorp I. §. 59. Kleinſchrod I. §. 185.

2) Feuerbach Rev. II. 255. Grolman §. 33. n. c. Werner §. 238. Abegg S. 113 (unbeſtimmt). Hefſter §. 83. n. 4 (ebenſo). Marezoll S. 124 (desgl.). vgl. Luden Abh. II. 352—354. Kitka S. 58. 59. Hepp N. Arch. 1848. S. 292. Heyer Abh. II. 33 f. Mittermaier n. 3. z. F. §. 46.

3) Tittmann I. §. 106. not. q. Wächter I. S. 149. Bauer Abh. I. 430. N. Rev. §. 145.

4) N. Rev. S. 483. f. auch Berner S. 293.

5) Berner S. 292—295, und — von freilich ſehr abweichendem Standpunkte aus — Luden Hdb. I. 463, der wenigſtens im Grundſatz (da er Anſtiftung = Beihilfe nimmt) Recht hat.

6) §. 120. Thilo S. 145. 146. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 513—516 (die Beſtimmung iſt prinzipios). Noch viel zu wenig iſt dies für Hepp N. Arch. 1848. S. 292. f. aber denſ. N. Arch. 1836. S. 44 f.!

7) vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 71. n. 1. S. 492. 493. Breidenbach I. 2. S. 224—229. 234. 235. 250. n. 2. S. 358 (inkonſequent). Leonhardt I. 240. 241 unt. (hier iſt Strafloſigkeit angenommen). vgl. dag. Schlüter S. 47. n. 4. Breym. S. 203 ob. Weiß S. 180. f. dag. Hye S. 266. 267. (Oeſtr. GB. §. 9) und ebenſo ſchon Jenull I. S. 174. 175. Konſequenter Weiſe müſſen die neuen Gbücher, da ſie den entfernten Verſuch nicht mehr ſtrafen, den Fall ſtraflos laſſen. Beſeler S. 155. Goldtammer I. 308. 309. Sie ſind aber freilich hinſichtlich des Verſuchs durch Anſtiftung faſt durchgängig voller Inkonſequenz. §. 100. Anm. 1. 3 a. E.

8) Mittermaier n. 6. z. F. §. 46 betrachtet dies als eine neue Entdeckung von Berner.

ja noch schärfer, Karpzov s. §. 93. Anm. 5. §. 96. Anm. 2. Dieser richtige Gesichtspunkt wurde in der deutschen Doktrin erst zu der Zeit verrückt [1]), als man anfieng, die gesammte Lehre von der Theilnahme unter das Prinzip der objektiven Kausalität zu stellen. Allein auch jetzt noch schleppen Viele, welche Urheberschaft und Beihilfe im Ganzen richtig unterscheiden, einzelne Konsequenzen jenes falschen Standpunkts nach [2]). Ja es fehlt nicht an solchen, die nicht einmal bei der prinzipiellen Unterscheidung der intellektuellen Urheberschaft und Beihilfe einigermaßen konsequent zu sein vermögen [3]). Uebrigens war die altherkömmliche Unterscheidung insofern ungenau, als sie das unmittelbare Interesse an der That zum Kriterium machte, d. h. der Verwechslung der formellen Absicht mit dem Zweck (§. 73. 78. 90) Raum ließ. Vielmehr kommt es auch hier lediglich darauf an, ob der intellektuell Einwirkende die That als die seinige, als die Ausführung seiner Absicht realisirt haben oder ob er bloß die Ausführung einer fremden unterstützen will [4]). Dadurch unterscheiden sich Anstiftung und intellektuelle Beihilfe dem Begriffe nach. Dagegen bildet der gewöhnlich (auch in den neueren Gesetzgebungen) an die Stelle gesetzte Unterschied, ob die Einwirkung wirklich bestimmend war oder nicht, nur das Kriterium für die Annahme von Vollendung oder bloßem Versuch. §. 96. Anm. 4.

2) Daß der Auftrag, namentlich das Dingen um Lohn ein direktes Anstiftungsmittel sei, darf als communis opinio gelten [5]). Ebenso scheint es jetzt unbezweifelt zu sein, daß ein Auftrag nicht bloß in Worten, sondern auch in Zeichen und konkludenten Handlungen gegeben werden könne [6]). Bestritten ist dagegen, ob auch ein stillschweigender Auftrag angenommen werden könne, und ob Genehmigung dem Auftrag gleichzuachten sei? Lezteres wird hie und da kurzweg in Abrede gezogen [7]), womit jedoch nichts gethan ist. Die Quelle des Streits, der schon die Glosse beschäftigte, bilden einige Stellen des römischen und kanonischen Rechts [8]). Mit Unrecht hat man sich wohl zu Zeiten bemüht, die römischen Stellen auf die Genehmigung eines erst auszuführenden verbrecherischen

---

1) A. M. Roßhirt Entw. S. 258—262.

2) Sehr unbestimmt sind die Begriffe bei Mittermaier N. Arch. III. 125 ff. VIII. 336 ff. n. 1. z. F. §. 46. s. aber auch Henke I. 266 f. Tittmann I. §. 108. 109. Bauer Abh. I. 435—440. Hefftter §. 83. n. 4.

3) So besonders Hepp N. Arch. 1846. S. 342—345. 357 u. 1848. S. 304—308. Zachariä eb. 1850. S. 274 f. s. dag. Luden Hdb. I. 457 und Jarcke I. 225. 226. Abegg S. 113.

4) s. N. Rev. S. 530. 531 (von Luden Hdb. I. 355. n. 1. mißverstanden; s denselb. S. 457).

5) A. M. Mittermaier im N. Arch. III. 135. s. dag. Henke I. 267—270. Bauer Abh. I. 435—437. Berner S. 279. 280. vgl. Wolthers p. 56 sq. l. 152 §. 1 D. de R. J. (50. 17) u. a. Stellen bei Rein S. 193. 194.

6) A. M. Adnot. ad Angel. §. et Sempron. n. 1. Bald. cons. II. 256. Decian. tract. IX. 34. n. 27. Mascard. de probat. II. 102. n. 9. s. aber auch Farin. qu. 134. n. 10—12. n. 56 sq. und die dort Citt. — Tittmann I. §. 105. Kitka S. 57. Abegg N. Arch. 1841. S. 410—419. Berner S. 276—278.

7) Mittermaier n. 10. z. F. §. 46.

8) L. 1 §. 14 D. de vi (43. 16). l. 152 §. 2 D. de R. J. (50. 17). c. 23. in 6° de sent. ex. comm. (5. 11.)

Vorhabens zu beſchränken [1]). Richtiger ſcheint es, ſie wörtlich zu nehmen und eben nur von den Fällen der Beſitzentſetzung und den Noxalklagen zu verſtehen [2]). Weiter greift dagegen allerdings die Stelle aus dem kanoniſchen Rechte. Die italieniſchen Juriſten hielten ſich hier, wie immer, an den Buchſtaben und wagten nur eine Reihe von Modifikationen zu machen, die ihnen die Einſicht in die Mangelhaftigkeit des poſitiven Rechts abnöthigte. Sie nahmen den Satz an, daß die ratihabitio eines verübten Verbrechens dem Mandat gleichzuachten ſei [3]), machten jedoch allerlei Reſtriktionen [4]), namentlich daß das Verbrechen im Namen des Ratihabenten begangen und in dieſer Eigenſchaft genehmigt worden ſein müſſe, daß Infamie wegfalle, daß die ratificatio ſich nicht auch auf die qualitates delicti beziehe ꝛc. [5]). Derſelbe Grundſatz gieng auch in die deutſche Doktrin über [6]). Er wurde jedoch immer beſtimmter verworfen, jemehr das Prinzip der objektiven Kauſalität zu Geltung kam, und mit vollem Rechte [7]). Indeſſen machte man auch jetzt noch verſchiedene Ausnahmen, namentlich: wenn es ſich um ein bürgerliches Verbrechen handle [8]), wenn die Billigung das Verbrechen ſelbſt involvire (bei Injurie und Majeſtätsbeleidigung) [9]), und wenn die Billigung eines Verbrechens (z. B. durch den Vater) neue Verbrechen hervorrufe [10]). Dagegen wurde jetzt der Satz aufgeſtellt, daß die Genehmigung des verbrecheriſchen Planes, resp. des angefangenen Verbrechens eines Andern allerdings als Anſtiftung oder als intellektuelle Beihilfe anzuſehen ſei [11]) und die

1) ſ. noch Luden Abh. II. 253 f. (vgl. Hdb. I. 363. n. 11. S. 458. n. 9). Berner S. 290.

2) Matth. Proleg. c. 1. n. 14. Böhmer med. ad art. 177. §. 9. Kress p. 641—643. Roßhirt Entw. S. 248 (?). Zachariä N. Arch. 1851. S. 210—212. vgl. Kleinſchrod I. §. 184. Schröter §. 137. n. 3. Breidenbach I, 2. S. 245. n. 10. Rein S. 194. 195.

3) Mehrere wollten allerdings bereits bloß eine poena extraordinaria; beſ. Jac. de Aret. u. A. vgl. Ang. §. et Sempron. n. 34. Bero. Cons. III. 175. n. 46 sq. Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 87. n. 23. Salycet. ad l. 5 C. de acc. (9. 2). Covarruv. in Clem. si furios. II. §. 1. n. 5. Auch die comm. opinio beſchränkte den Satz auf das jus commune. Dec. tr. IX. 38. n. 5. 6. Carrer., Boss. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 71—73. vgl. Menoch. de arb. qu. II. 352. n. 19. Matth. ad 48, 18. c. 4. n. 16.

4) ſ. die Literatur b. Decian. tract. IX. 38. Farin. qu. 135. n. 43—94.

5) Andere Reſtriktionen, z. B. in Bez. auf adulterium, bezogen ſich nicht auf die vorliegende Frage als ſolche. Farin. l. c. n. 79—82. vgl. Herold, Theodoricus, Stryk, Kress b. Böhmer med. ad art. 177. §. 9 citt.

6) Theodoricus c. 1. aph. 28. n. 2.

7) Kress p. 641—643 (wie gewöhnlich, mit Berufung auf Puffendorf). Berger El. I. p. 12. Ziegler de ratih. §. 148. Herold de ratif. p. 327. n. 9. Stryk de imput. facti al. c. 5. n. 67. Böhmer med. ad art. 177. §. 9. Kleinſchrod I. §. 184. Tittmann I. §. 105. n. h. Henke I. 269. Schröter §. 137. Heffter §. 83. n. 4.

8) Kleinſchrod a. a. O. (damit ſollte l. 1 §. 14 D. de vi (43. 16) abgefunden werden).

9) Derſ., Roßhirt Entw. S. 248. ſ. ſchon Kress. p. 642.

10) Kleinſchrod a. a. O. Kress p. 643 (unjuriſtiſch). vgl. Quiſtorp §. 60. G. J. F. Meister §. 46. not. b. Cocceji de soc. I. §. 25. Anm. z. C. Max. I. 12. §. 6.

11) Verwirrung brachte aber hier, wie ſonſt, das einſeitige Kauſalitätsprinzip. ſ. z. B. Kleinſchrod a. a. O. (gegen Gebauer de imp. f. al. c. 1. §. 9). Henke I. 269 (?). Klein n. z. Quiſt. §. 59. ſ. dag. Tittmann I. §. 105.

Genehmigung des verübten unter Umſtänden als Begünſtigung erſcheine [1]). — In enge Verbindung mit der Frage über die ratihabitio wurde für die italieniſchen Juriſten durch das c. 23 in 6⁰ cit. die Frage über den ſtillſchweigenden Auftrag gebracht. Daraus erwuchs ihre Theorie von dem mandatum praesumtum [2]). Indeſſen beſchränkten ſie die Frage mit richtigem Takte jedenfalls auf ſolche Verhältniſſe, welche ihrer Natur nach annehmen laſſen, daß die eine Perſon erwarten kann, ihren Willen auch unausgeſprochen von der andern aufgefaßt und zur Ausführung gebracht zu ſehen [3]). Auch in dieſer Beſchränkung nahm übrigens nur die Minderzahl ohne Weiteres ein präſumirtes Mandat an [4]), während die communis opinio im Allgemeinen gegen eine ſolche Präſumtion war [5]). Allein auch dieſe gab gleichwohl den von jenen aufgeſtellten Satz, wenn auch unter mancherlei Limitationen [6]), zu. Und dieſe ſind größtentheils nur ſcheinbar, inſofern ſie am Ende darauf hinauslaufen, daß der dominus, pater etc. dann frei ſein ſoll, wenn er von dem Delikt nichts gewußt habe [7]). Hatte er darum gewußt oder war in ſeiner Gegenwart darüber verhandelt oder er um Rath gefragt worden und hatte nur geſchwiegen (nicht verhindert) [8]), ſo ſollte er als Mandant haften, — freilich nach der Meinung Mehrerer nur mit einer poena extraord. [9]). In der deutſchen Doktrin ſcheint die Frage längere Zeit in der über die Nichtverhinderung abſorbirt worden zu ſein [10]). Dagegen tauchte ſie neuerdings wieder auf, meiſt jedoch nur um verneint zu werden [11]). Gleichwohl fehlt es auch nicht an ſolchen, welche den Kern der Lehre der Italiener richtig erkannten und in den fraglichen Verhältniſſen ſelbſt bei bloßer Nichtverhinderung intellektuelle Urheberſchaft annahmen, und zwar deshalb mit Recht, weil in den betr. Fällen ſelbſt das bloße Nichthindern einem ſymboliſchen Mandat gleich

---

Luden a. a. O. (der ſich jedoch irrig auf das römiſche Recht beruft). Berner S. 290. 291. Heffter §. 78. n. 2 (?). Kitka S. 52. 53. 60.

1) Heffter §. 83. n. 4. N. Rev. S. 516. 517. A. M. Breidenbach I, 2. S. 245. 246. vgl. Hélie II. p. 90. 91.

2) Nicht hierher gehören die Verhandlungen über die Präſumtion des Mandats zwiſchen Herrn und Diener bei zweideutigen Worten oder allocutio ad aures. ſ. d. Liter. b. Farin. qu. 134. n. 41—66.

3) „Mandatum an praesumatur in filio, servo, famulo, consanguineo s. amico occidente ꝛc. ꝛc.“

4) ſ. die bei Farin. qu. 134. n. 70. 71 Citt.

5) eb. n. 67—69. Decian. tract. IX. 34. n. 1. 23. Boss. de mand. ad homic. n. 51 sq. Gomez de del. c. 3. de homic. n. 47. Menoch. de praesumt. V. 27. n. 1 sq. arb. qu. c. 345. Clar. §. fin. qu. 86.

6) z. B. wenn es ſich nicht von einem delictum momentaneum handle, wenn die famuli viles personae ſeien, wenn ein ſchweres oder koſtſpieliges Delikt in Frage ſtehe, wenn der dominus ꝛc. auctor rixae geweſen ſei, wenn er das Delikt nachher ratihibire od. „ſonſt ein Indizium gegen ihn ſpreche“ ꝛc. ꝛc.

7) Clar. §. fin. qu. 86. n. 2. Gomez l. c. Farin. und die dort Citt. l. c. n. 74. 88—90.

8) ſ. die Citt. b. Farin. n. 88—93. vgl. übr. Decian. IX. 34. n. 27. 28.

9) ſ. Ang. Aretin., Bonif. de Vit. u. A. b. Farin. l. c. n. 90. 107. Drogh. ad Clar. l. c. Freilich hatten die Italiener ſehr willkührliches Statutarrecht vor ſich.

10) ſ. übr. Lynker c. 2. n. 7.

11) Kleinſchrod I. §. 183. Tittmann I. §. 105. Henke I. 268. 269 (?) u. mit Berufung auf dieſe (?) Berner S. 278. 279, der, wie oft, die N. Rev. S. 515 mit Unrecht angreift.

ſtehen kann, wenn auch nicht immer muß [1]). — Das Dingen um Lohn findet ſich ſchon im germaniſchen Recht, wie in der italieniſchen Jurisprudenz und in der deutſchen bis gegen die neuere Zeit herab beſonders hervorgehoben (assassinium), indem man es für ſtrafbarer anſah, als das einfache Mandat [2]). Die neueren Geſetzgebungen ſtellen meiſt beides als Arten der Anſtiftung zuſammen [3]). Auch das preuß. GB. ſchließt den einfachen Auftrag nicht aus [4]).

3) Der Befehl gehört hierher nur inſofern, als er nicht ein vollkommen verbindlicher iſt (§. 15. Anm. 2. §. 96. Anm. 1), was freilich nur in den ſeltenſten Fällen zutrifft [5]). Iſt er dies nicht, ſo liegt immer Theilnahme infolge von Anſtiftung vor, mag auch vis compulsiva (Drohung) mit dem Befehl verbunden ſein, wiewohl Viele auch jetzt noch das Gegentheil annehmen [6]). Jedenfalls liegt dann aber das Motiv der Strafloſigkeit des Gehorchenden nicht im Befehl als ſolchem [7]).

4) Drohung, überhaupt vis compulsiva gehört ſtets hierher, da ſie an ſich niemals die Wirkung der abſoluten (phyſiſchen) Gewalt hat (§. 61. Anm. 2). AM. ſind freilich noch ſehr viele der Neueren und mit ihnen die neuen Geſetzgebungen (ſ. o.). Ueberdies führen dieſe kritiklos genug meiſt unter den Anſtiftungsmitteln neben der (Drohung) noch die Gewalt auf, wodurch eine Tautologie entſteht, da durch abſolute Gewalt keine Anſtiftung begründet wird, auch die Gewalt alſo als vis compulsiva interpretirt werden muß [8]). Natürlich muß die Drohung überhaupt eine ernſtliche ſein [9]).

5) Bitte iſt ihrer Natur nach unzweifelhaftes Mittel der Anſtiftung [10]). Dagegen gehört die Erregung oder Benützung eines Irrthums hierher nur noch inſofern, als mittelſt der falſchen Vorſtellung der Angeſtiftete zu Begehung eines

---

1) Kleinz. Quiſt. §. 59. Roßhirt Entw. S. 245. 248. 263. Ziegler S. 52. Luden Hdb. I. 363. n. 11. S. 458. n. 9 (der freilich nur Beihilfe ſtatuirt, aber bloß, weil er überhaupt die Möglichkeit intellektueller Urheberſchaft läugnet). N. Rev. S. 515. 516. vgl. Goldtammer I. 303.

2) Decian. tr. crim. IX. 30. Carpzov qu. 19. Böhmer Med. ad art. 137. §. 19 sq. ſ. jedoch ſchon C. Max. I, 12 §. 5. j. I. 3 §. 16. Theres. art. 3 §. 6. j. art. 91.

3) ſ. z. B. Sächſ. GB. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hannövr. Art. 53. Heſſ. Art. 71. Bad. §. 122.

4) Beſeler S. 155. 156. vgl. Kaſſhof in Goldtammers Arch. I. 73 Goldtammer I. 302. Anders Code art. 60. Hélie II. 75. 107 sq.

5) ſ §. 15. Anm. 2. Die Stellen des röm. Rechts, welche bei leichteren Delikten Hausſöhne u. Sklaven frei ausgehen ließen, werden meiſt als antiquirt betrachtet. ſ. übr. noch Wächter I. S. 105. 112. Sehr unbeſtimmt iſt Mittermaier N. Arch. III. 139 u. Breidenbach I, 2. S. 241. n. 7. ſ. dag. Kleinſchrod I. §. 161. (vgl. Leyser Sp. 534. Coroll. 1. 2!).

6) Kleinſchrod I. §. 159. Mittermaier a. a. O. S. 140. Henke I. 273. Heffter §. 79. n. 1. Zachariä N. Arch. 1850. S. 277. u. A. ſ. dag. Tittmann I. §. 107. Luden Hdb. I. 315. 357 n. 2 (wo freilich die intell. Urheberſchaft geläugnet wird).

7) ſ. daher Hufnagel III. 79. 80. vgl. überh. noch Püttmann opusc. n. 7. Leyser Sp. 534. Wolthers p. 70 sq.

8) Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 492. Breidenbach I, 2. S. 242.

9) Alles, was Mittermaier N. Arch. 140. 141. Henke I. 273. 274. Kitka S. 54. 55 u. A. weiter fordern, ſind nachgeſchleppte Konſequenzen des Prinzips der obj. Kauſalität. ſ. auch Berner S. 283–285. Goldtammer I. 303. 304.

10) Mittermaier a. a. O. S. 141. 142. Kitka S. 55. Weiß S. 179.

dolosen Delikts veranlaßt wird, was namentlich im Fall des error in der Person und der aberratio ictus praktisch werden kann [1]) (s. §. 75. §. 96. Anm. 4).

6) Der Rath (§. 93. Anm. 5) wurde schon bei den Italienern im Gegensatz zum Mandat ganz richtig unter die Kategorie der Beihilfe gestellt; indessen wurden schon damals dem Prinzip der objektiven Kausalität Konzessionen gemacht, theils in Beziehung auf das consilium gegenüber einem alias non facturus (worin etwas sehr Richtiges lag), theils in Beziehung auf die allgemeine Unterscheidung zwischen auxilium causam dans (cooperativum) und bloßer Nebenhilfe. Karpzov blieb in dieser Frage isolirt, obwohl er gerade hier richtigen Takt bewies. Die tonangebende Doktrin in Deutschland stellte sich immer entschiedener auf den Standpunkt der abstrakten objektiven Kausalität (sogar zum Theil mit Verläugnung des Unterschieds zwischen dem alias facturus und non facturus). Auf dieser falschen Färthe gehen aber auch noch die meisten der neueren Kriminalisten [2]), indem sie bald den sog. instruktiven Rath, bald den Rath gegenüber einem alias non facturus für eine Art der intellektuellen Urheberschaft erklären, mithin immerhin das Prinzip der Kausalität entscheiden lassen, während doch hier Alles nur darauf ankommen kann, ob der Rathende den animus der Erzeugung oder der bloßen Unterstützung des Verbrechens hatte [3]). Auch in den Gesetzgebungen [4]) seit dem C. Max. hat sich die prinzipielle Haltlosigkeit der Doktrin charakteristisch fixirt. — Mit dem Rath haben übrigens noch andre Weisen intellektueller Thätigkeit (s. den §.) das gemein, daß sie je nach dem darin liegenden animus als Anstiftung oder bloß als intellektuelle Beihilfe erscheinen können. Die Doktrin ist hierüber seit alter Zeit im Unklaren, namentlich seit der Herrschaft des Prinzips der obj. Kausalität [5]).

§. 98.

Die wirkliche intellektuelle Urheberhaft (Anstiftung) unterscheidet sich von der durch intellektuelle Thätigkeit hervorgebrachten unmittelbaren Urheberschaft wesentlich dadurch, daß ersteren Falls der Anstifter sich des angestifteten Subjekts nicht bloß als eines nach Naturgesetzen wirkenden willenlosen Werkzeugs, sondern als einer selbständigen

1) Berner S. 290 ob. (im Uebrigen unrichtig). Breidenbach I, 2. S. 246.

2) Stübel Thatbest. §. 59. 60. Quistorp §. 60 (vgl. Stryk ib. cit.) u. Klein not. *. Kleinschrod I. 192. 193. Feuerbach §. 46. Grolman §. 33. not. c. Henke I. 270—272. Mittermaier N. Arch. III. 137. VIII. 336 f. Schröter §. 138. 139. Tittmann I. §. 108. Jarcke I. 226. Bauer Abh. I. 438. Hefftter §. 83. n. 4. Marezoll S. 118. vgl. Hélie II. 81. 82 (= Carpzov). Simoni dei del. II. 84. Zirkler N. Arch. 1839. S. 447—449. Kitka S. 50. 51. Zachariä N. Arch. 1850. S. 275 unt.

3) Berner S. 285—287. s. jed. S. 284. Z. 7. v. unt., wo aus dem entgegengesetzten Prinzip argumentirt wird (!). s. dag. die treffende Bem. von Luden Hdb. I. 457.

4) s. §. 93. Anm. 5. vgl. Breidenbach I, 2. S. 247—249. Wolthers p. 76 sq. Das wadtl. GB. beschränkt die Anstiftung auf Mandat und entrainer durch Geschenke, Drohungen, Versprechungen, Autoritätsmißbrauch und artifices coupables. Art. 41 (vgl. Art. 43, 1).

5) s. übr. richtige Bem. b. Stübel Thatbest. §. 58. Berner S. 288. 290. Breidenbach a. a. O. Alle Erörterungen über die Arten der Anstiftung hält für überflüssig (!) Temme Glossen. S. 101.

Kraft bedient, die eben um ihrer Freiheit willen ſich ſeiner Abſicht gefügig erweiſen kann, aber auch nicht. Doch bezieht ſich dies nicht auf Anſtiftung zu bloß kulpoſer Thätigkeit, da hier der Angeſtiftete (wenn er auch ſelbſt nicht ohne Schuld thätig iſt) doch jedenfalls dem Anſtifter gegenüber als bloßes Werkzeug erſcheint, während der zu doloſem Handeln (als Gehilfe oder Urheber) Angeregte es in ſeiner freien Macht hat, ob und wie weit er der Anſtiftung Folge leiſten will oder nicht. Thut er nun das Erſtere, ſo entſteht das Verhältniß der Theilnahme; der Handelnde erſcheint als (ſelbſtbeſtimmter) Repräſentant des Anſtifters und die Haftung beider geht parallel, nur mit dem Unterſchiede, daß der phyſiſch bloß als Gehilfe Thätige ſtets relativ geringer ſtrafbar iſt, als der Anſtifter. Iſt der phyſiſch Thätige ſelbſt Urheber, ſo iſt die Verantwortlichkeit der beiden Urheber (des intellektuellen und des phyſiſchen) in abstracto die gleiche, d. h. der Anſtifter iſt gerade ſo zu behandeln, als ob die Handlungen oder Unterlaſſungen des freiwillig ſeinen Agenten machenden phyſiſchen Urhebers unmittelbar von ihm ſelbſt ausgegangen wären. Beide werden daher erſt ſtrafbar, wenn ein ſtrafbarer Verſuch des Thäters vorliegt, und von hier an geht die Strafbarkeit beider bis zur Vollendung in gleichem Schritte vorwärts. N. Rev. §. 146.

1) Jemehr noch in der neueren Doktrin und Geſetzgebung die Frage über die Verantwortlichkeit des Anſtifters im Argen liegt, um ſo nöthiger iſt es, vor Allem die Fälle auf's Beſtimmteſte abzugrenzen. Namentlich ſind daher zunächſt die §. 96. Anm. 1 bezeichneten Fälle von vorn herein abzuſondern, da hier die intellektuelle Urheberſchaft zur alleinigen (unmittelbaren) Urheberſchaft wird. Wo nun der Anſtifter ſeine Abſicht durch einen kulpos Handelnden (namentlich durch einen in Irrthum Verſetzten) ausführen läßt, da liegt allerdings bereits Theilnahme vor (§. 96. Anm. 4); allein die kulpoſe Urheberſchaft des Thäters bleibt ohne Einfluß auf die Schuld des Anſtifters, welchem gegenüber jener immer noch als relativ paſſives Werkzeug erſcheint. Der Anſtifter iſt auch hier noch dem unmittelbaren Urheber gleich zu behandeln [1]). Die Frage erhält daher erſt dann praktiſchen Gehalt, wenn es ſich um die Anſtiftung zu doloſem Handeln von Seiten des phyſiſchen Agenten (als Gehilfe oder Urheber) handelt. Hier hängt nun aber, wenn nicht die Anarchie der Vorſtellungen [2]) perennirend werden ſoll, Alles von dem im §. angegebenen Momente ab. Der Anſtifter will hier, wie in den vorher gedachten Fällen, den phyſiſchen Agenten bloß als Mittel zur Ausführung ſeiner Abſicht gebrauchen. Allein er wirkt hier nicht durch den Naturkauſalismus, ſondern durch ein freies Agens, d. h. es hängt hier ganz von

1) Zachariä N. Arch. 1850. S. 279. 286.

2) Das Aeußerſte in dieſer Beziehung hat in offenbarer Leidenſchaftlichkeit gegen die N. Rev. §. 146–148, dabei mit auffallender Preisgebung früherer, wiederholt verkündeter eigener Meinungen — Hepp N. Arch. 1848. S. 262 ff. geleiſtet, was für F. Roßhirt eb. 1852. S. 379 f. nicht zu ſeinem Vortheil verführeriſch geworden iſt. vgl. Zachariä eb. 1850. S. 282. Ganz eigenthümliche Anſichten ſtellt Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 81. 82 auf.

der freien Selbstbestimmung des physischen Agenten ab, ob er wirklich als Werkzeug des Anstifters thätig sein will und ist, oder nicht. Soweit er es nun sein will und ist, muß sich nothwendig auch die Verantwortlichkeit beider identifiziren, resp. analog parallel gehen. Dagegen (s. u.) muß bei beiden eine gesonderte Zurechnung eintreten, sobald der eine oder der andere durch Geltendmachung eines eigenen sonderthümlichen Willens das Verhältniß der Theilnahme auflöst.

2) Daß das gemeine Recht (abgesehen von dem älteren germanischen) den Anstifter bei gelungener Anstiftung für die ausgeführte That (Versuch oder Vollendung) in der Regel (s. §. 99) gleichen Schritts mit dem physischen Urheber verantwortlich macht, — s. §. 96. Anm. 2. — kann als communis opinio gelten. Indessen haben andre Ansichten sich von alter Zeit her [1]) geltend gemacht. Schon in der italienischen Jurisprudenz gab es eine Fraktion, welche (germanisirend) den Anstifter, weil er nicht causa principalis sei, für minder strafbar erklärte [2]), und eine solche, welche ihn strafbarer fand, weil er in se, in mandatarium und in occisum zugleich delinquire [3]). Allein als communis opinio wurde schon damals die Regel der gleichen Strafbarkeit festgehalten [4]), und ebenso in der deutschen Doktrin [5]) vgl. P.G.O. Art. 107. So insbesondre auch im Cod. Max. [6]), aber nicht minder in fast allen neueren Gesetzgebungen, nur daß freilich hier meist die Regel abstrakt aufgestellt und dabei das Anm. 1. fixirte Hauptmoment nicht oder nur beiläufig beachtet erscheint (s. u.) [7]). Hievon

---

1) A. M. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 503. 505.

2) Boss. T. de mand. ad homic. n. 1. Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 7. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 5. 7. vgl. Ang. und Aug. §. Et Sempron. n. 37. Neuerdings Mittermaier N. Arch. III. 143 f. Luden Abh. II. 367—369. Hdb. I. 355. n. 1. S. 456 (wogegen Bemerkungen, wie von F. Roßhirt S. 507, nichts taugen).

3) Gl. ad l. 4 §. 3 D. de his qui not. (3. 2). Gandin. r. de poen. reor. n. 12. August. l. c. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 6. 42. vgl. die Ausführung bei Decian. tract. cr. IX. 32. n. 4 (wo auch die causa principalis, prima, secunda, proximior, remota ꝛc. ihre Rolle spielt). Theodor. Coll. crim. c. 1. aph. 27. c. Kleinschrod I. §. 185. Tittmann I. §. 105. Feuerbach Rev. II. 254. Salchow Darst. I. 229.

4) Decian. IX. 39. n. 1. 6 (20?). Menoch. l. c. Farin. l. c. n. 41. (6. 42?). vgl. Clarus §. fin. qu. 89. n. 1. Dabei wurde gestritten, ob das Mandat vere od. ficte Urheberschaft begründe, worin der Grund der Oblig. liege, ob die Regel auch auf das Statutarrecht anzuwenden sei ꝛc.

5) Carpzov qu. 4. n. 9—15 (n. 12 ist nur theoretisch eingeflickt). s. jed. qu. 19. n. 21—24. qu. 38. n. 53—57. qu. 91. n. 21—24. Matth. Prol. I. n. 12. Kress p. 644. Cocceji de soc. §. 18. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. Quistorp §. 59. Martin §. 81. Oersted Grundr. §. 26. Wächter I. §. 89. n. 79. Hefftter §. 98. n. 3.

6) I, 12. §. 5. vgl. die Anm. (die auf Cocceji und Stryk verweisen und den Anstifter theoretisch strafbarer finden); strafbarer ist die Anstiftung nach dem östr. GB. §. 5. 37. d. e. 39. c. 63—65. 68 ꝛc.

7) Preuß. LR. II, 20. §. 67 (in §. 65. 68 ist die Theorie der schwereren Strafbarkeit des Verführers aufgenommen. vgl. Klein z. Quistorp §. 59). Bair. GB. Art. 45. Sächs. Art. 36. Entw. Art. 62. Hannövr. Art. 53. Wirt. Art. 74. Braunschw. §. 41. Hess. Art. 71. Thüring. Art. 31. Preuß. §. 34. Bad. §. 119. Der §. 120 (von F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 510—513 unrichtig zu der allgemeinen Frage gezogen) gehört zu §. 96. Anm. 4. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 13. Uebrigens machen auch die neueren Gesetzgebungen mannigfach Ausnahmen. s. z. B. Weiß S. 181. Leonhardt I. 244.

vorerſt abgeſehen, iſt es eine jetzt wohl faſt allgemein anerkannte Regel, daß die Strafbarkeit des Anſtifters bei wirkſam gewordener und ungeſtört in Wirkſamkeit gebliebener Anſtiftung gleichen Schritts mit der des phyſiſchen Urhebers gehe. Iſt mithin der letztere aus von ſeinem Willen unabhängigen Gründen gar nicht bis zum ſtrafbaren Verſuche gekommen, ſo kann auch dem Anſtifter noch kein Verbrechen zugerechnet werden. Iſt er aber zum Verſuche [1]), resp. zur Vollendung vorgeſchritten, ſo iſt auch dem Anſtifter das Verbrechen als verſuchtes, resp. als vollendetes zu imputiren [2]).

§. 99.

Dieſe in abstracto gleiche Strafbarkeit findet jedoch nicht auch in concreto ſtatt. Vielmehr iſt dem Anſtifter das von ſeinem Agenten verſuchte oder vollendete Verbrechen nur inſoweit zuzurechnen, als es ihm zuzurechnen wäre, wenn er es ſelbſt ohne Vermittlung eines Andern phyſiſch begangen hätte. Es iſt ihm aber gar nicht zuzurechnen, wenn es, von ihm als phyſiſchem Urheber verübt, gar nicht als Verbrechen möglich erſchienen wäre. N. Rev. §. 146.

1) Der Grundſatz der gleichen Strafbarkeit des intellektuellen und des phyſiſchen Urhebers kann abſtrakt (d. h. ganz uniform) aufgefaßt werden, was zwar von Seiten der Doktrin ſelten geſchehen iſt [3]), wohl aber auch noch in dem Wortlaut vieler neuen Geſetzgebungen liegt. Dieſem abſtrakten Extrem ſteht aber eben ſo verwerflich die nicht minder abſtrakte Anſicht gegenüber, daß in dem fraglichen Falle die Verſchuldung des Anſtifters und die des phyſiſchen Urhebers ganz und gar für ſich zu betrachten ſeien [4]).

2) Gleichwohl enthält die letztere Anſicht, nur freilich in vager Weiſe, einen ganz richtigen Gedanken, d. h. die Negation der abſtrakten Uniformität der Beurtheilung des intellektuellen und des phyſiſchen Agenten. Indeſſen hat eine ſolche abſtrakte Gleichſtellung ſchon in der italieniſchen Jurisprudenz die communis opinio gegen ſich gehabt [5]). Abgeſehen nämlich von dem a. E. des §. berührten Punkte (ſ. Anm. 3), war es ſchon damals eine viel beſprochene Frage, ob die

---

1) Es iſt verkehrt, hiefür aus dem röm. Rechte argumentiren zu wollen (wie ſo oft geſchieht!), da dieſes bei Privatdelikten den Verſuch gar nicht, bei öffentlichen dagegen in der Regel gleich dem vollendeten Verbrechen ſtrafte. ſ. überh. N. Rev. S. 534—543.

2) Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74 unter 1. a. (ſ. beſ. not. 1.!) Leonhardt I. 242. Beſeler S. 156. Goldtammer I. 310 (mit Unrichtigem vermiſcht). Andere Kommentare laſſen die Frage bei Seite liegen (!).

3) ſ. z. B. Damhouder c. 70 n. 8 sq. Carpzov qu. 4. vgl. jedoch qu. 19. n. 21 sq.

4) Abegg Lb. S. 113. 115 und N. Arch. 1841. S. 396—398. vgl. Stübel Theilnahme S. 98 f. ſ. dag. N. Rev. S. 536. 538. 639. Die Praxis vor den neuen Geſetzgebungen war freilich in dieſer Beziehung zum Theil lax. ſ. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 513. Nach den verſchiedenen Arten der Anſtiftung macht willkührliche Unterſchiede Henke I. 528. vgl. Quiſtorp §. 69. 70. An ſich iſt dieſes Moment allerdings wichtig. Kress p. 644. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 3. 4. Tittmann I. §. 107. Berner S. 276 ob. ꝛc.

5) ſ. die Liter. b. Farin. qu. 135. n. 34—38. und bei Decian. Tr. crim. IX. 33. n. 3. 8 sq.

qualitates aggravantes oder mitigantes beim mandans auf die Verantwortlichkeit des mandatarius einwirken und umgekehrt? Eine prinzipielle Entscheidung ist hier, wie meist, bei jenen Juristen um so weniger zu suchen [1]), da sie nach Gelegenheit bald aus dem subjektiven Standpunkte des römischen [2]), bald aus dem objektiven des germanischen Rechts [3]) argumentirten und überdies den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe noch lange nicht zur Klarheit herausgearbeitet hatten. Die ältere deutsche Doktrin dagegen hat diese Frage in der Regel umgangen [4]) und nur eine verwandte aufgegriffen (s. Anm. 3). In der neueren ist sie dafür wieder lebhafter besprochen. Die weitaus herrschende Ansicht ist die im §. aufgestellte [5]), welcher auch solche beipflichten, die bei der Beihilfe (s. §. 93. Anm. 4) den entgegengesetzten Grundsatz befolgen [6]). AM. sind nur Wenige [7]). Ein straferhöhender oder mindernder Einfluß der dem einen Theilnehmer bekannten Schärfungs- oder Milderungsgründe auf Seiten des andern ist übrigens nicht ausgeschlossen [8]). Auch die Gegner gehen indessen doch keineswegs so weit, als vielfach hinsichtlich der Beihilfe der Fall ist, sondern kommen eben nur zu der schon von Decianus u. A. gemachten Distinktion zwischen qualitates delicto — und bloß personae inhaerentes [9]), indem sie nur im ersteren Fall eine solidarische Verantwortlichkeit statuiren [10]). Diese Unterscheidung ist jedoch (s. §. 93. Anm. 4) nicht nur an sich sehr willkührlich, sondern sie führt auch zu unauflöslichen Schwierigkeiten, da die aus den persönlichen Verhältnissen

---

1) Bartolus z. B. wollte überall uniforme Strafe, was Manche sogar auf den Fall ausdehnten, wenn der eine Theilnehmer um die beim andern vorhandene qualitas gar nicht gewußt habe (Farin. qu. 131. n. 44). Baldus stellte den umgekehrten Grundsatz auf, jedoch mit subtilen Distinktionen (s. dar. Ang. und August. §. Et Sempr. n. 20. 26 sq.), s. bes. Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 5 sq., welchen Andere wieder andere substituirten. s. bes. Decian. l. c. (ob. die qualitas delicto od. personae inhärire).

2) bes. diejenigen, welche den mandans sogar strafbarer finden.

3) s. z. B. Decian. IX. 32, n. 4 cf. 33. n. 8., wo freilich mit dem Kausalitätsbegriff sehr willkührlich umgegangen wird. (s. bes. Bald. ib. cit.) vgl. §. 93. Anm. 4.

4) Die Quellen des gem. Rechts sind unergiebig. vgl. §. 12 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). l. 6. 7 D. ad leg. Pomp. (48. 9). Letztere Stellen sind singulär zu nehmen, wie schon Baldus behauptete. vgl. Westphal de consort. §. 9. Heffter §. 255. n. 5. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 519.

5) Konopak N. Arch. II. 310 f. Kleinschrod I. §. 186. Grolman §. 33. not. a. Henke I. 530. Martin §. 81. Wächter I. §. 89. n. 80. Abegg a. a. O. Heffter §. 98. not. 3. 5. Bauer Abh. I. 434. Marezoll S. 187. F. Roßhirt a. a. O. S. 516 f. Mittermaier n. 3. z. F. §. 46.

6) Berner S. 305. 306. Zachariä N. Arch. 1851. S. 217.

7) Kitka S. 21 f. Luden Hdb. I. 448—450 (eigenthümlich). Breidenbach I, 2. S. 251 f. Hye S. 240—254.

8) Heffter §. 255. n. 5. Zu weit geht Berner S. 252 unt. (vgl. dag. S. 306).

9) Kitka S. 28 Note 1. j. S. 17. 18. Breidenbach a. a. O.

10) Jedoch keineswegs mit irgend einer Konsequenz. Der Scharfsinn, womit das Unvereinbare vereinigt werden soll, ist ebenso zu bewundern, als zu beklagen. (Kitka müht sich am Hausdiebstahl, Breidenbach am Kindsmord ab.) Noch fataler ist es, wenn der Letztere — ohne die abstrakte Konsequenz Berners — dieselbe Frage bei der Beihilfe theilweise nach andern Prinzipien entscheidet, während Hye der Anstiftung dieselbe accessorische Natur verleiht, wie der Beihilfe, und nur beim Mitthäter andere Grundsätze aufstellt.

eines Theilnehmers hervorgehende qualitas aggravans oder mitigans ſowohl auf Seiten des Anſtifters als auf Seiten des Angeſtifteten vorhanden ſein kann und ſofort bei der gleichen Urheberdignität beider bloß die Willkühr darüber entſcheidet, welches Verhältniß (ob das generelle oder das ſpezielle?) zu Grunde gelegt werden ſoll [1]). Dabei war es noch beſonders übel, daß man auf eine wiſſenſchaftliche Autorität hin [2]) nicht ſelten eine ganze Reihe von Fällen mit Unrecht hierherzog und hieraus dann wieder Konſequenzen ableitete, die angebrachter Maßen abzuweiſen ſind [3]).

3) Neben der eben berührten Frage beſchäftigte ſchon die ältere italieniſche und deutſche Doktrin die weitere: a) ob die Strafbarkeit des einen Theilnehmers an ſich durch die des andern bedingt ſei? Hiebei fallen denn vorerſt alle Fälle hinweg, in welchen eine Handlung überall nur ſcheinbar als Rechtsverletzung erſcheint, wie in den Fällen des §. 15. Anm. 1. 3. [4]), bei Nothwehr, Nothſtand und Selbſtmord [5]). Denn in allen dieſen liegt überall keine Uebertretung des Strafgeſetzes vor. Ebenſowenig gehören hierher diejenigen Fälle, in welchen die Handlung unter allen Umſtänden als Verbrechen erſcheint, wenn auch je nach den Verhältniſſen bei dem einen oder andern Theilnehmer als größeres oder geringeres (ſ. Anm. 2). In dieſem Fall kann bei dem einen Theilnehmer durch Tod [6]), Verjährung [7]), Begnadigung [8]) eine Tilgung der Strafbarkeit eingetreten ſein, die jedoch auf den andern ebenſowenig zurückwirkt, als der Umſtand, daß man des einen nur nicht habhaft iſt und vorerſt den andern allein prozeſſiren muß [9]). Die älteren Juriſten ſchloßen hieran meiſt die weitere Frage, ob die Freiſprechung des Mandatars dem Mandanten zu Gut komme, resp. die Verurtheilung deſſelben ihm ſchade? Die letztere Frage wurde von der communis opinio verneint [10]). Ebenſo verneinten Viele die erſtere [11]). Dagegen wurde ſie

---

1) Dies hat Berner richtig eingeſehen, aber ſich keine Mühe gegeben, die Schwierigkeiten wegzuräumen, die er bei Beantwortung derſelben Frage hinſichtlich der Beihilfe ſich ſelbſt in den Weg gelegt hat. vgl. dag. die großen Widerſprüche zwiſchen Kitka S. 29—34 und Hye S. 251—254.

2) Stübel Theilnahme S. 85 f.

3) ſ. beſ. Kitka S. 26—28. Breidenbach S. 256. n. 10.

4) Im Fall der Anm. 2. fällt die Verantwortlichkeit in ganzer Fülle gerade auf den Anſtifter. Der Fall der Anm. 1 (erlaubte Selbſthilfe) macht heutzutage keinerlei Schwierigkeit, wogegen ſich die Italiener hinſichtlich der erlaubten Tödtung des Ehebrechers ſehr ſtritten. ſ. Decian. tr. crim. IX. 36. n. 27—31. Farin. qu. 121. n. 14—20. 83 sq. vgl. Leyser Sp. 570. corr. 2. 3. Böhmer obs. 1 ad Carpz. qu. 4.

5) Bei Nothwehr und Nothſtand iſt die Frage unpraktiſch, falls nicht die Anſtiftung bloße Maske iſt. Beim Selbſtmord machen mehrere neuere Geſetzgebungen Ausnahmen. ſ. §. 93. Anm. 4.

6) Nicht zu verwechſeln mit der von Decian. IX. 36. n. 25 verhandelten Frage. August. ad Ang. §. dicto malef. n. 21. Hélie II. p. 118.

7) Heffter § 190. not. 8. Hye S. 268. 269.

8) Konopack N. Arch. II. 288 ff. Anders bei der Abolition. Heffter §. 184. n. 9. Hélie II. p. 117.

9) Hierüber war große Meinungsverſchiedenheit bei den Italienern. ſ. d. Liter. bei Decian. IX. 33. n. 2. Farinac. qu. 3. n. 4 sq. qu. 131. n. 54—60. qu. 135. n. 31. 32. ſ. jedoch Abegg N. Arch. 1835. S. 175. 176. Hélie II. p. 118.

10) ſ. übr. Gandin. tit. de homicid. n. 9.

11) ſ. z. B. Angel. §. Et Sempr. n. 40. §. et ibi caput. n. 10. Boss. tract. de malef. T. de delicto. n. 52.

von Andern für den Fall bejaht, wenn der Mandatar wegen Mangel eines Delikts freigesprochen sei, nicht aber, wenn bloß als non culpabilis [1]). Doch scheinen die Meisten überall für die Verneinung gewesen zu sein [2]). Die comm. opinio (selbst mit der angegebenen Modifikation) gründete sich aber eben nur auf die richtige Einsicht, daß der eine Theilnehmer strafbar sein könne, wenn gleich der andre straflos ausgehe. Dabei konnten nun aber freilich als Beispiele der Strafbarkeit des Mandats bei anzunehmender Strafloſigkeit des Mandatars nur die §. 96. Anm. 1 herausgehobenen Fälle angeführt werden, in welchen nach richtiger Ansicht die Anstiftung in einfache Urheberschaft übergeht. Die praktische Entscheidung für diese Fälle war denn auch im Wesentlichen richtig [3]), übrigens leicht. Dagegen führte diese — freilich auch vieles Andre mit einmischende [4]) — Erwägung nothwendig zu der weit schwierigeren Frage: b) ob bei einem ausgeführten Mandat auch der Mandant straflos ausgehen könne? Dieselbe wurde ganz richtig bejaht, quia fictio [5]) non potest cadere, ubi cadere non potest veritas. Dagegen machte man großentheils sehr naive Anwendungen von dieser Regel, die sich nicht halten lassen, gleichwohl aber noch heute wiederholt werden. Namentlich z. B. meinte man, zum furtum könne man nicht anstiften ohne einen animus lucri oder gar eigene faktische Partizipation [6]), zu Fleischesverbrechen aller Art aber gar nicht, weil hier nur das aktive Agens seinen Geschlechtstrieb befriedigen könne [7]); ebenso könne ein Blinder nicht Anstifter einer Fälschung werden [8]) u. dgl. Offenbar verwechselte man hiebei die formelle Absicht, die allein zum dolus gehört, mit der materiellen (dem Zweck) §. 73. 78, und legte resp. auf das Mittel der physischen Ausführung kindischer Weise ein Gewicht, das eben in dem dolus des Anstifters, welcher ein taugliches Mittel wählt, sich

---

1) s. bes. Dynus b. Ang. l. c. vgl. August. ad h. l. (Modifikationen wollte Bart.) Decian. IX. 33. n. 7. Andere wollten die Freisprechung des principalis dem consulens ꝛc. absolut zu Gut kommen lassen. s. z. B. Conrad. pract. de consul. lim. 9. n. 3. Andere machten wieder andere Distinktionen. Menoch. arb. quaest. II. c. 351. n. 12 sq. s. auch Hélie II. 119—121.

2) Farin. qu. 131. n. 61. 62. qu. 135. n. 33.

3) Angel. §. Et Sempr. n. 9—14. Carrer. pract. §. 5. n. 88. 113. 130 sq. Decian. IX. 33. n. 4. c. 37. n. 1 sq. An Verstößen fehlte es freilich auch damals nicht. A. M. war Carpzov qu. 4. n. 7. 8. s. dag. Kress p. 614. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 4 (beide sprechen jedoch bloß vom Befehl, Kress sogar sehr ungenau). Die irrige Auffassung der fraglichen Fälle hat sich großentheils bis in die neuere Doktrin herab erhalten. s. o.

4) Ueber Exzeß des Mandats, Revokation, Versuch ꝛc., — wie noch heute!

5) „Quod quis per alium fecit, ipse fecisse videtur". Decian. IX. 36. n. 26.

6) Carpz. qu. 87. n. 8. 9 (bei consil. u. auxil.). Kress p. 644. Böhmer Med. ad art. 177. §. 4. Quistorp §. 59. Tittmann I. §. 105. a. E. (wie Kress, schon minder materiell). Stübel Theilnahme S. 85. Roßhirt Entw. S. 257. s. dag. Luden Hdb. I. 449. n. 12.

7) Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). n. 20 und ad l. 1 C. de serv. fug. (6. 1.) n. 14. Clar. §. fin. qu. 87. n. 5. Decian. IX. c. 32. n. 9. c. 36. n. 26. Farin. qu. 135. n. 39. 79. 104. Menoch. de arb. qu. II. c. 353. n. 10. Böhmer Med. ad art. 177. § 4. Quistorp §. 59. — s. jed. auch Carrer. pract. §. 5. n. 190. Aug. ad Ang. §. Et Sempr. n. 36. Decian. IX. 38. n. 13. Farin. l. c. n. 80—82. Matth. ad 48, 18. c. 4. n. 15 u. Covarruv. ib. cit. vgl. gleichwohl wieder Marezoll S. 123. n. 2 (l).

8) Farin. l. c. n. 40. und Bald. ib. cit. Decian. IX. 36. n. 26.

absorbirt (wie denn auch ein Impotenter als Anstifter eines Ehebruchs oder dgl. hätte auf's Tapet gebracht werden können). Weit treffender war dagegen das weiter vorgebrachte Beispiel eines Eidesunmündigen, der zum Meineide anstiftet, — welches freilich bis in die neuere Zeit lange nicht gehörig gewürdigt wurde [1]). — In neuerer Zeit hat nun auch hier Stübels scharfer Verstand tief eingeschnitten, übrigens das Kind mit dem Bade ausgeschüttet [2]). Er stellt als Prinzip auf, daß man überall nicht Anstifter werden könne, wenn man nicht die spezielle zum Delikt gehörige Absicht habe oder nicht in den speziellen zum Delikte erforderlichen persönlichen Verhältnissen sich befinde. Man könne solchenfalls wohl Theilnehmer (Gehilfe) am Delikt werden, begehe aber selbst als reus princip. nur das Delikt, welches nach Abzug jener Momente für den Anstifter nach seinen individuellen Verhältnissen als möglich noch übrig bleibe. Was er hier von der Absicht sagt, ist ein offenbarer Irrthum, wie ob. gezeigt wurde. Triftiger ist das andre Moment, wobei er sich jedoch nicht mit den Beamtenverbrechen begnügt, sondern auch Incest, Ehebruch und Bigamie als Beispiele vorbringt. Hiermit hat er direkt [3]) und indirekt Verwirrung gestiftet, letzteres insofern, als man aus seinen abstrakten Einseitigkeiten einen apagogischen Beweis führen zu dürfen glaubte [4]). Allein der Fehler bei ihm liegt nur darin, daß er um einer äußeren Aehnlichkeit willen ganz verschiedene Fälle identifizirt. Die sog. Fleischesverbrechen sind (s. den bes. Theil) keineswegs bloß relative Rechtsverletzungen, die etwa nur von einem potenten Ehemann, Verwandten ꝛc. intendirt werden könnten. Sie sind vielmehr Verbrechen gegen das Recht der Familie, welche ein allgemeines, d. h. jeden umfassendes, tragendes und verpflichtendes Rechtsinstitut ist [5]). Dagegen ruhen die reinen Amtsverbrechen (die kein gemeines Delikt enthalten) eben nicht auf einem solchen allgemeinen menschlichen Fundament; sie sind Delikte nur für diejenigen, welche gerade dem besondern Stande der Beamten u. dgl. angehören und die besondre Verpflichtung über sich genommen haben, deren Verletzung allein die sonst indifferente Handlung zum Delikte macht. Der Schluß von der einen Verbrechensklasse auf die andre hinsichtlich der Möglichkeit der Theilnahme (Anstiftung, Beihilfe) ist daher ganz verfehlt. Dieselbe ist bei den ersteren ebensogewiß anzunehmen, als sie bei den letzteren auszuschließen ist [6]). Die gemischten Amtsverbrechen fallen dagegen durchaus unter die Regel der Anm. 2.

---

1) Statt dessen ritt man auf dem Steckenpferd des animus lucri beim furtum. Unklar ist wenigstens Martin §. 79. n. 6—8.

2) Theilnahme S. 85 ff.

3) Marezoll S. 121—124.

4) Kitka S. 25—27. Breidenbach I, 2. S. 256. n. 10. Hye S. 242. 252. Luden Hdb. I. 448. n. 9.

5) Daß davon auf das parricidium ꝛc. kein die Anm. 2 umwerfender Schluß zu machen ist, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn beim parricidium bildet ja nicht das Recht der Familie als solches das Objekt des Verbrechens. Das Familienverhältniß ist hier für ein dasselbe an sich gar nichts angehendes Delikt ebenso ein Schärfungsgrund, wie es beim Familiendiebstahl einen Milderungsgrund abgiebt.

6) vgl. die nicht ganz sichere Ausführung bei F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 533—536. Unrichtig ist dort der N. Rev. nachgesagt, sie scheine nur die richtige Ansicht zu haben: s. N. Rev. S. 535. 539. 540. Auch ist es auffallend, wie sich der Verf. S. 546 auf Berner berufen mag, dessen Scheidung der Anstiftung und

4) Die Mängel der Doktrin in Beziehung auf die hier einſchlagenden Fragen ſpiegeln ſich auch in der Geſetzgebung ab. Vor dem Bair GB. hat ſich keines überall mit ihrer beſtimmten Entſcheidung befaßt [1]). Auch dieſes übrigens (Art. 45) wählt den leicht mißzuverſtehenden und nicht ſelten mißverſtandenen Ausdruck: (auch) der Anſtifter ſolle als Urheber beſtraft werden. Doch trat der falſchen Auslegung, als ſei er gleich dem Thäter zu beſtrafen, der Art. 118 entgegen, der die Anm 2 angeführte Regel ausſpricht. Nach richtiger Anſicht wird auch die Theilnahme an reinen Dienſtvergehen (Anſtiftung u. Beihilfe) in Baiern als ſtraflos erachtet [2]). Den gedachten zweideutigen Ausdruck adoptirten auch das Wirt. GB. Art. 74, das Hannövr. Art. 53, das Heſſiſche Art. 71, das Badiſche §. 119. Gleichwohl wurde in Wirt. nach richtiger Anſicht der Art. 74 (jetzt aufgehoben) ſo ausgelegt, daß der Anſtifter ſo geſtraft werden ſoll, als ob er die That ſelbſt begangen hätte. Es wurde alſo das falſche Prinzip des Art. 87 nicht auf die Anſtiftung herübergezogen und die Anſtiftung zu reinen Dienſtvergehen nach Analogie von Art. 404 als ſtraflos angenommen [3]). Das Hannövr. GB. iſt zwar wohl im Art. 53 ebenſo auszulegen, wie das Wirt. Art. 74, allein eine beſtimmtere Vorſchrift wäre — namentlich hinſichtlich des in Anm. 3 Angef. — ſehr zu wünſchen [4]). Das Heſſiſche wird, obwohl gleichlautend, von Breidenbach theilweiſe abweichend interpretirt [5]); jedenfalls ſieht man in Heſſen nach Analogie von Art. 84 auch Anſtiftung zu reinen Dienſtvergehen für ſtrafbar an [6]). Der badiſche §. 119 entſpricht dem wirt. Art. 74, der §. 137 dem Art. 87 (acceſſor. Natur der Beihilfe). Dagegen ſpricht das bad. GB. die Strafloſigkeit der Beihilfe zu reinen Dienſtvergehen nicht aus; es iſt daher hinſichtlich der Anſtiftung hiezu eher ſo wie in Heſſen, als wie in Wirt. zu argumentiren [7]). — Das Sächſ. GB. Art. 36. läßt gleichfalls den Ausleger im Stich, da es nicht, wie das Thüring. Art. 34 thut, den Anſtifter und Angeſtifteten geradezu unter die Regel über die gleichen Theilnehmer ſtellt, woraus ſich (Art. 44) mindeſtens für die Fälle der

---

Beihilfe in dieſer Frage S. 524 ff. mit Recht verworfen wird, und der die direkt vorliegende Frage gar nicht hervorhebt!

1) Nach Hyes Ausführung ſoll dies freilich ſchon im öſtreich. GB. von 1803 mit hinreichender Deutlichkeit geſchehen ſein. Abgeſehen aber davon, daß die Unterſcheidung zwiſchen objektiv und ſubjektiv perſönlichen Beziehungen ſehr ſchwankend und willkührlich erſcheint, — wird die ganze Auslegung Hyes von Andern keineswegs gutgeheißen (S. 253 und Kitka S. 21 f). Wäre ſie aber auch die anerkannte, ſo kann ſie doch nicht umhin, einzuräumen, daß das öſtr. GB. im beſ. Theile hinſichtlich der vorliegenden Frage voller Inkonſequenz und Widerſpruch iſt. ſ. §. 93. Anm. 4 a. E.

2) Arnold Bl. f. Rechtsanw. 1841. S. 382. vgl. Entw. Art. 55 (ſ. jed. Art. 371!).

3) Hufnagel I. 150. II. 520. 741—744. III. 80—85. 582. 583. N. Rev. S. 539—541. vgl. den Fall in Demmes Annal. XI. 360 f.

4) vgl. Bauer Abh. I. 434. 435. Leonhardt I. 243. n. 8.

5) I, 2. S. 255. 256; daher iſt nicht richtig, was F. Roßhirt S. 540 ob. ſagt; ſ. denſ. S. 527 f.

6) Breidenbach S. 257—259 (ſ. jedoch S. 258. n. 13 und S. 376).

7) A. M. F. Roßhirt S. 540 ff., der übrigens S. 546 mit Recht bemerkt, daß man von dem ſingulären Falle der Beſtechung aus nicht argumentiren dürfe. Das bad. GB. verliert ſich übrigens im beſ. Theil in Willkühr. ſ. §. 222—224. 252. 259.

Anm. 2 das Richtige ergeben würde [1]). Ebenſo iſt eine allgemeine Beſtimmung über die Fälle der Anm. 3. zu vermiſſen [2]). — Das preuß. GB. §. 34. 35. legt der Anſtiftung wie der Beihilfe entſchieden bloß acceſſoriſche Qualität bei, d. h. es unterwirft den Anſtifter dem Strafgeſetz, das auf den Thäter Anwendung findet. Bei relativ beſtimmten Stafgeſetzen kann daher zwar immerhin das Anm. 2. Bemerkte Berückſichtigung finden, nicht aber bei abſolut beſtimmten. Auch können nach §. 44 die qualitates aggravantes auf Seiten des Thäters dem Anſtifter nur dann aufgerechnet werden, wenn er ſie gekannt hat [3]). Iſt aber dies der Fall, ſo wird der Anſtifter ganz nach dem Grundſatz behandelt: accessorium sequitur suum principale [4]). Eine Ausnahme in pejus (nicht, wie in Oeſtreich, in mitius) iſt nur beim Familiendiebſtahl gemacht [5]). Die Theilnahme an Amtsverbrechen wird (mit wenigen Ausnahmen) nach den allgemeinen ſtrengen Grundſätzen beſtraft [6]). — Soweit dieſes GB. ſich von der Wahrheit entfernt, ſo genau findet ſich dieſe in dem braunſchweig. GB. ausgeſprochen, §. 41. 45. 252. — Zu den vielen Inkonſequenzen, Widerſprüchen und Lücken, welche die neueren Geſetzgebungen in den im §. abgehandelten Fragen darbieten, kommt endlich noch der gewöhnliche Mangel an aller feſten Beſtimmung darüber, ob gegen einen Theilnehmer (Anſtifter od. Gehilfen), der als extraneus an einem gegen den Thäter nur auf Klage zu unterſuchenden Vergehen Theil nimmt, ex officio einzuſchreiten ſei [7])?

§. 100.

Von dem Fall der gelungenen Anſtiftung (§. 98) unterſcheiden ſich weſentlich die Fälle der mißlungenen (den der Anſtiftung eines

---

1) Weiß S. 179. 181 ob. vgl. S. 200 ff. 363. n. 1 (?). vgl. N. Jahrb. 1845. S. 361—363.

2) Nur die Verleitung zur Deſertion iſt (abgeſ. von der Beſtechung) Art. 95 ausdrücklich mit Strafe bedroht. (ſ. übr. die Motive z. beſ. Theil I. Abth. Bd. 1. S. 94. II.). Ebenſowenig genügt übrigens der neue Entwurf, der in Betreff von Anm. 2. im Art. 63 ſein Heil im Eklektizismus ſucht, und in Hinſicht auf Anm. 3. nur ſoviel zu vernehmen giebt, daß Anſtiftung zu reinen Disziplinarvergehen regelmäßig nicht ſtrafbar ſein ſoll (Art. 63. 64. 122).

3) Hierin iſt das GB. milder, als die von Hélie bezeugte Praxis des franz. Kaſſationshofs. Zuviel ſagt aber Beſeler S. 162 ob.

4) ſ. gegen dieſen Satz Hélie II. 121—131, welcher die Inkonſequenz der franz. Praxis aufdeckt und im Weſentlichen ganz die richtige Anſicht aufſtellt. Zu bemerken iſt überdies, daß nach franz. Rechte trotz der Strenge des Code und der jurisprudence das freilich tadelnswerthe Syſtem der mildernden Umſtände in den betr. Fällen ſtets eine Aushilfe bringen kann, die nach preuß. Rechte nicht zu beſchaffen iſt.

5) §. 228. 229. Beſeler S. 433—439 (härter, als der Code art. 380).

6) §. 331. Beſeler S. 565—567. Nicht ganz klar u. konſequent iſt Goltammer I. 315—319.

7) Das preuß. GB. entſcheidet die Frage ganz richtig (aber inkonſequent) bejahend. Inkonſequent und unrichtig ſind dagegen die Behauptungen bei Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 85. ſ. dag. 494. Breidenbach I. 2. S. 259. 260. Unklar die b. Weiß S. 311. 312. (wären Anſtifter und Angeſtifteter als gleiche Theilnehmer anzuſehen, ſo wäre einfach wie im preuß. GB. zu entſcheiden. Weiß S. 202. N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 130). vgl. Leonhardt I. 243. n. 8. Bad. GB. §. 392—394. Braunſchw. §. 246. 247, 1. ſ. überh. unten Anhang hinter §. 131.

Digitized by Google

ſchon für ſich Entſchloſſenen §. 96 a. E. und den der überſchrittenen mit inbegriffen). Während im erſteren Fall der Anſtifter mit ſeinem Agenten ſich identifizirt und daher das Handeln des Letzteren das Maß auch für ſeine (des Anſtifters) Schuld bildet, ſo muß in den letzteren Fällen nothwendig die rechtliche Beurtheilung des intellektuell Thätigen und des phyſiſchen Agenten verſchieden ausfallen. Es ſind deren drei: a) mißlungene Anſtiftung im e. S., d. h. wenn der Anzuſtiftende ſich nicht beſtimmen läßt; b) erfolglos gebliebene, d. h. wenn der Letztere ſich wirklich beſtimmen ließ, ſofort aber unabhängig vom Anſtifter ſeinen Willen änderte oder zwar zum Verſuche fortſchritt, von dieſem aber wieder aus eigener Bewegung abſtand. Im Fall a) liegt nichtbeendigter, bei b) beendigter Verſuch mit untauglichem Mittel vor, während der Angeſtiftete ſtraflos bleibt, resp. nur für das in ſeinem aufgegebenen Verſuche etwa liegende vollendete Delikt ſtrafbar wird (§. 83. Anm. 3. §. 84. Anm. 3. §. 85. 86); c) relativ erfolglos gebliebene resp. überſchrittene Anſtiftung, d. h. wenn der Thäter ſich beſtimmen ließ, ſofort aber ein andres Verbrechen, oder neben dem angeſonnenen noch ein weiteres begieng, oder wenigſtens in Beziehung auf die Modalitäten des Auftrags deſſen Grenzen überſchritt. In dieſen Fällen beſtimmt ſich die Schuld des Anſtifters, ſoweit der Angeſtiftete mit ihm identiſch erſcheint, nach §. 98, weiterhin aber nach den gewöhnlichen Grundſätzen über dolus, culpa und casus. N. Rev. §. 147.

1) Es iſt neuerdings behauptet [1]) (und nachgeſprochen) [2]) worden, daß es für die Auffaſſung der hier fraglichen Fälle nur Einen möglichen prinzipiellen Gegenſatz gebe, nämlich einerſeits die Fixirung der Anſtiftung als eines eigenthümlichen, für ſich verſuchbaren und vollendbaren Verbrechens, andrerſeits die Anſicht, daß die Anſtiftung in allen Fällen (ob mißlungen, ob gelungen, ob entſprechend oder nicht entſprechend wirkſam geworden ꝛc.) lediglich von dem Standpunkte der phyſiſchen That aus rechtlich zu beurtheilen ſei. Jede Anſicht, die nicht an dieſem abſtrakten Entweder — Oder feſthalte, wurde für einen grenzenloſe Verwirrung erzeugenden Verſuch der Amalgamirung zweier prinzipiell verſchiedenen Auffaſſungsweiſen erklärt [3]). — Allein jener ganze Gegenſatz iſt ein völlig willkührlich aufgegriffener. Denn es wird keinem denkenden Juriſten je im Ernſte beigehen, die Anſtiftung anders als in uneigentlichem Sinne für ein

1) Hepp im N. Arch. 1848. S. 262 f., vgl. aber denſ. eb. 1836. S. 44—55. und Verſuche S. 268. 269.

2) Zachariä N. Arch. 1850. S. 282. f. jed. S. 282—285. F. Roßhirt eb. 1852. S. 378 f. f. jedoch S. 409 ff. Bremer eb. 1853. Erg.H. S. 85 f. Goldtammer I. 309—311.

3) Der Angriff war auf die „Dialektik" gemünzt (Hepp a. a. O. S. 275), traf aber die Anſicht, welche von der Gloſſe an bis auf die jüngſte Zeit herab auf's allerunzweideutigſte ſich als die communis opinio behauptet hat! — vgl. Breidenbach I, 2. S. 266. F. Roßhirt a. a. O. S. 381. 382. 386 ff.

selbständiges, in sich abgeschlossenes Verbrechen zu erklären [1]); und ebensowenig ist jemals einer Gesetzgebung ein solcher rechtlicher nonsens eingefallen, selbst dem kanonischen Rechte nicht, dessen vorwiegend moralischer Standpunkt noch am ehesten dazu hätte verleiten können [2]). Schon der gesunde Verstand hätte also verbieten sollen, die Frage auf so verkehrte Weise zu stellen. Vielmehr kann sie nur dahin gestellt werden [3]), ob die rechtliche Würdigung des Anstifters sich überall und in jedem Falle lediglich nach den im §. 98 aufgestellten Grundsätzen zu richten habe, oder ob die oben im §. bemerklich gemachten wesentlichen Unterschiede für die hier fraglichen Fälle einen anderen Maßstab der Beurtheilung bedingen? Letzteres ist (allerdings mit manchen Abweichungen im Einzelnen) unbezweifelt die communis opinio seit den Glossatoren (s. u.). Wenn nun aber einige neueren Schriftsteller hievon abwichen und die erstere Meinung annahmen, so hatte dies einen doppelten Grund. Entweder gieng man nämlich a) von dem sog. objektiven Standpunkt des deutschen Rechts aus, nach welchem keinerlei Art verbrecherischer Thätigkeit (intellektuelle oder physische) eher strafbar werden könne, als bis infolge derselben eine physische, das Gebiet des strafbaren Versuchs beschreitende Handlung hervorgetreten sei [4]). Oder b) man suchte dasselbe aus der rechtlichen Natur des Versuchs [5]), resp. wenigstens aus dem in Beziehung auf den Versuch von den neueren Gesetzgebungen aus dem Code pénal adoptirten Standpunkte abzuleiten [6]). Den Einwürfen ad b) ist denn auch eine relative Berechtigung nicht abzusprechen. Gegen die sehr obenhin gehaltene (aber eben darum für Wortgläubige blendend gewordene) Deduktion (?) von Berner s. §. 84. Anm. 2. Das deutsche Recht bis auf die neuere Zeit, wo man (leider immer auf die verkehrteste Weise) nach der französischen Mode griff, weiß nichts von dieser willkührlichen Grenze eines commencement d'exécution, und die neueren deutschen Gesetzgebungen, die ohnedies in der Regel den Grundsatz mit einer Menge von Ausnahmen durchlöchern, können nicht als die reinen Organe der deutschen Rechtsentwicklung in dieser Hinsicht gelten. Gleichwohl ist nicht zu läugnen, daß von dem Standpunkte aus, den sie nun einmal eingenommen haben, eine konsequente und befriedigende Lösung der vorliegenden Fragen unmöglich und ein trauriges Halbheitssystem den Praktikern zur Nothwendigkeit gemacht ist [7]).

---

1) s. derartige Anklänge bei Mittermaier N. Arch. I. 178. 179. Stübel Theiln. S. 105. 106. Hepp eb. 1836. S. 44—55 (I), Zachariä Versuch I. §. 35., zurückgenommen eb. II. §. 165. not. 2. neuerdings zurückgenommen N. Arch. 1850. S. 282—285. Zirkler N. Arch. 1839. S. 439—445. Rossi II. c. 36.

2) F. Roßhirt a. a. O. S. 390—392.

3) Mit hinreichender Ausführlichkeit war die Sache in der N. Rev. S. 543—561 behandelt (vgl. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 74—76. 492 unt.).

4) Luden Abh. I. 443—450. vgl. S. 293 ff., theilweise zurückgenommen Abh. II. 355. n. 1, und neuerdings Hdb. I. 461—464.

5) Kitka S. 43—48 und in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 180. 210. Breidenbach I. 2. S. 265 ff. Berner S. 254. 255. 274. 308—310. vgl. S. 90—92 und nach diesem Hepp N. Arch. 1848. S. 276—278. Ohne Gründe anzugeben, Mittermaier n. 4. z. F. §. 46.

6) Cucumus im N. Arch. XIV. 9. 10. F. Roßhirt a. a. O. S. 395 ff. vgl. Hufnagel a. a. O. (soweit er von der N. Rev. abweicht).

7) Dies ist deshalb nöthig, weil die neuen Gesetzgebungen trotz der ganzen oder

2) Schon die italieniſchen Juriſten ſtellten die Frage, wann das delictum mandantis et mandatarii unum et idem ſei, und beantworteten ſie im Weſentlichen richtig dahin, daß es dann der Fall ſei, wenn das delictum secutum ſei [1]); nur waren ſie für den Fall, wo es der Mandatar bloß zum Verſuch brachte, nicht ganz ſicher [2]). Dagegen unterſchieden ſie von dem erſteren Fall mit größter Beſtimmtheit alle diejenigen, in welchen ſie keine Identifikation des mandans und des mandatarius annehmen zu dürfen glaubten (Exzeß des Mandats, Widerruf deſſelben, Ausführung deſſelben durch einen Dritten, Ausführung vor gegebenem Mandat, Auftrag an einen alias facturus, mißlungene Anſtiftung ꝛc.) [3]). Für dieſe wollen ſie aber in der Regel (wenn auch zum Theil mit Beſchränkung auf ſchwerere Delikte) mindeſtens eine poena extraordinaria. Dieſer Lehre ſchloß ſich auch Karpzov [4]) an, wiewohl ohne alles nähere Eingehen, wie denn auch Andre nach ihm häufig die einzelnen Fälle willkührlich aufgriffen oder übergiengen [5]). Gleichwohl fehlte es auch nicht an ſolchen, welche dieſe (wohl durch das Prinzip der abſtrakt objektiven Kauſalität verſchuldeten) Lücken ergänzten [6]).

3) Was nun die Geſetze betrifft [7]), ſo ſind die Anſichten über das römiſche Recht ſehr verſchieden. Es iſt neuerdings behauptet worden, daſſelbe ſtrafe in der Regel keinerlei Art der Anſtiftung bloß wegen der ſtattgehabten intellektuellen Einwirkung, ſondern immer erſt dann, wenn eine von den Geſetzen bedrohte That

---

halben Adoption der franzöſiſchen Verſuchslehre doch gerade hinſichtlich der Anſtiftung meiſt den Pfahl des alten deutſchen Rechtsbewußtſeins im Fleiſch ſtecken haben und jede irgend reine Anwendung der von Berner improviſirten Theorie ſchlechthin verbieten, ſelbſt die preußiſche nicht ausgenommen. ſ. Beſeler S. 156. A. M. Temme Gloſſen. S. 103.

1) Bart. ad l. 11 §. 3 D. de inj. (47. 10). ad l. 17 §. 2 eod. und Cyn., Dyn. ib. citt. Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). Salyc. ib. Angel. u. Aug. §. et Sempr. n. 25. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1. 4. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 39. Carrer. pract. §. 5. n. 82. Decian. IX. 32. n. 5. Farinac. qu. 135. n. 8. 146.

2) Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). Ang. und August. l. c. n. 7. 8. 38. Carrer. §. 5. n. 80. 148. 157. Decian. IX. 36. n. 2. 4. Farinac. qu. 135. n. 167.

3) ſ. die Liter. b. Decian. IX. 32. n. 11. c. 36. n. 2—24. 32—35. Farin. qu. 129. n. 130—139. qu. 135. n. 18—24. 28—30. 141. 150—188. Bajard. ad Clar. l. c. n. 7—14.

4) qu. 4. n. 14—29. vgl. qu. 19. n. 56. 57. qu. 38. n. 51.

5) ſ. z. B. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. 4. Berger Electa I. p. 11. Quiſtorp §. 59. Auch unter den Neueren behandeln Manche die Frage gar nicht oder oberflächlich, ſo Feuerbach, Grolman, Henke, Jarcke, Wächter, Martin, Abegg.

6) ſ. beſ. Stryk de mand. del. Kleinſchrod I. §. 187. 188. Tittmann I. §. 105. 106. Stübel Theilnahme S. 105. 106. 110 f. vgl. S. 82—85. Mittermaier N. Arch. I. 178. 179. Zirkler a. a. O. Hepp N. Arch. 1836. S. 44—55. Zachariä Verſuch a. a. O. Schröter §. 136. 138. 150. Bauer Abh. I. 430—432. Hefftter §. 83. n. 4. 5. §. 87. n. 2. Marezoll S. 124. n. 3. Mittermaier n. 4—6. 9. z. F. §. 46. Hitzig Zeitſchr. X. 284 f. Otto üb. d. Verſuch. S. 94 ff.

7) Ueber den Fall der Anſtiftung eines Fürſichentſchloſſenen ſ. o. Den Fall der Zurücknahme des Auftrags ſ. in §. 101. Aber auch von den ob. im §. genannten Fällen kommen hier vorerſt nur die unter a. b. angef. in Betracht als diejenigen, welche das punctum saliens enthalten.

vom Angeſtifteten wirklich begangen worden ſei [1]). Anderwärts wurde geſagt, nur die mißlungene Anſtiftung bleibe ſtraflos, dagegen nie die gelungene, gleichviel ſofort, ob infolge davon etwas geſchehen ſei oder nichts [2]). Letztere Anſicht hat nun jedenfalls als eklektiſche gar keinen ſoliden poſitiven Halt. Erſtere aber widerſpricht geradezu dem Geiſt des römiſchen Rechts, der es gar nicht nöthig machte, die Strafbarkeit der Anſtiftung an ſich beſonders auszuſprechen [3]). Die Hauptſtellen, welche dafür beigebracht werden, ſprechen nur von den Privatdelikten, bei welchen der Satz ganz richtig iſt, aber eben deshalb bei dem Denkenden den Gegenſatz im öffentlichen Strafrecht ſogar provozirt [4]). Ueberdies wird noch zugegeben, daß ausnahmsweiſe auch hier die einfache, wenn auch mißlungene Anſtiftung ſtrafbar geweſen ſei [5]). Der offenbarſte Widerſpruch liegt endlich in dem Zugeſtändniſſe, daß das römiſche Recht zwiſchen der Anſtiftung eines alias facturus und non facturus nicht unterſchieden habe, da ja erſteren Falls unzweifelhaft eine mißlungene Anſtiftung vorliegt [6]). — Gerade umgekehrt darf man die bekannten Stellen der l. Sal. em. [7]) über das Dingen um Lohn nicht als Zeugniß für den Geiſt des germaniſchen Rechts anführen, welchem vielmehr gerade dasjenige gemäß war, was Zachariä fälſchlich dem röm. Rechte aufbürdet. — Den römiſchen Gedanken ſprach jedenfalls mit vollſter Deutlichkeit das kanoniſche Recht aus [8]). — Allerdings haben nun die italieniſchen Juriſten auch hier auf ihre Weiſe zu vermitteln verſucht, indem ſie den römiſch-kanoniſchen Grundſatz annahmen, aber mit Ausſchließung der delicta leviora, wobei denn für die bloße Anſtiftung bald die poena ordin., bald eine poena extraordinaria angenommen wurde [9]). Jedenfalls zweifelten ſie aber an dem Grundſatz, daß

---

1) Zachariä Verſuch II. §. 194—201. und simpliciter nach ihm Hepp N. Arch. 1848. S. 279—281. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 382—385.

2) Luden Abh. I. 293—298. (Rein ſtimmt dieſem und Zachariä bei. S. 186.) ſ. dag. F. Roßhirt a. a. O. S. 385. n. 3. ſ. übr. Luden Hdb. I. 462. n. 2.

3) Der Mangel eines ſolchen beſonderen Ausſpruchs iſt der Hauptbeweis von Zachariä, der die l. 18 D. de poen. (48. 19) hier ſehr ohne Noth herbeinöthigt. Ebenſowenig wollen l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4) und l. 17 C. ad l. Jul. de adult. (9. 9) heißen. N. Rev. S. 541. 542.

4) L. 1 §. 1. l. 36 pr. l. 52 §. 19 D. de furt. (47. 2). L. 7 §. 4 D. arb. furt. caes. (47. 7). L. 4 §. 4 D. vi bon. rapt. (47. 8). §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). §. 11 J. de injur. (IV. 4). L. 11 pr. l. 15 §. 10 D. eod. (47. 10). Halbe Zweifel ſ. auch b. Zachariä §. 198.

5) Zachariä §. 201. ſ. aber auch l. 15 §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 §. 13 D. ad Sctm. Turp. (48. 16). L. 1 D. de extraord. crim. (47. 11).

6) Zachariä §. 196. F. Roßhirt läßt ſich auf dieſen Punkt gar nicht ein. ſ. überhaupt N. Rev. S. 554—556.

7) L. Sal. XXX, §. 1—3. vgl. LVII, §. 6. Herold. XXXI, §. 2. Wilda S. 631. 632. Luden Abh. I. 360 ff. (?).

8) C. 1 de homic. in 6° (V. 4). Was Zachariä N. Arch. 1850. S. 280. und F. Roßhirt S. 390—392 darüber bemerken, iſt ſchal, wenn auch nicht ohne Wahrheit.

9) Gandin. r. de homicid. n. 11. Bart. ad l. 11 D. de inj. (47. 10). Angel. und August. §. et Sempr. n. 7. 8. Boss. de homic. n. 4. de mand. ad homic. n. 13. de crim. maj. n. 33. Menoch. arb. quaest. II. c. 352. 360. n. 39 sq. (vgl. Zachariä Verſ. II. 147. n. 1.!) Decian. IX. 32. n. 11. Farin. qu. 124. n. 90—92. qu. 135. n. 141.

auch eine mißlungene oder unwirkſam gebliebene Anſtiftung zum Mindeſten eine poena extraordinaria verdiene, im Geringſten nicht, da ſie denſelben auch für den Fall der Anſtiftung eines alias facturus, der Ausführung vor gegebenem Mandat, der Ausführung durch einen Dritten ꝛc. unbedenklich in Anwendung brachten [1]). Hievon wich allerdings die ältere und neuere deutſche Doktrin theilweiſe ab, ſofern ſie ſich durch den Grundſatz der abſtrakt objektiven Kauſalität beſtimmen ließ [2]). Jedenfalls war es aber ganz inkonſequent, die mißlungene Anſtiftung zu ignoriren, während man die Anſtiftung eines Fürſichentſchloſſenen für ſtrafbaren Verſuch erklärte [3]). Dieſer Vorwurf trifft auch den Cod. Maxim. [4]). Unentſchieden blieb die Frage auch im preuß. allg. LR. und im öſtr. GB. v. 1803. Doch ſprach in erſterem GB. der ganze Geiſt für die Bejahung [5]). In der öſtr. Doktrin und Praxis waren die Anſichten getheilt, wenn auch allerdings die verneinende Entſcheidung das Uebergewicht hatte [6]). Ebenſo blieb ſie unentſchieden im ſächſ. GB. Art. 36, wirt. Art. 74, heſſ. Art. 71. Dagegen iſt ſie in verneinendem Sinne entſchieden im preuß. GB. §. 34, das auch hier das franz. Muſter nachahmt, übrigens doch eine Reihe von Ausnahmen ſtatuirt [7]). Gleichfalls, jedoch im umgekehrten Sinne, iſt ſie entſchieden im bair. GB. Art. 48 I. II., im hannövr. Art 55, im braunſchw. §. 37 und im thüring. Art. 34. Jedoch ſprechen die zwei erſtgenannten Gbücher nur von der gelungenen, aber erfolglos gebliebenen Anſtiftung [8]), wogegen das thüring. auch die mißlungene Anſtiftung, jedoch nur in geſetzlich beſonders hervorgehobenen Fällen, mit Strafe bedroht, das braunſchw. dagegen allgemein [9]). Uebrigens wendet nur das thüring. GB. den Begriff des Verſuchs mit untauglichem Mittel [10]) richtig an. Das braunſchw. unterwirft auch den Angeſtifteten für die bloße

---

1) Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 89. n. 7—14. Decian. IX. 36. n. 3. 14—20. 23. Farin. qu. 129. n. 130—139. qu. 135. n. 20—24. 28—30 und die dort. Citt. vgl. Damhouder. c. 133. n. 6. 7. Dieſe Anſicht dürfte denn auch die der P.G.O. geweſen ſein, aus welcher direkt nichts zu entnehmen iſt. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 392. (vgl. 392—395, wo theils der P.G.O. moderne Geſichtspunkte untergeſchoben, theils die grundverſchiedenen Fälle in §. 98 u. 100 bunt durcheinander geworfen werden).

2) Carpzov, Böhmer, Berger ꝛc. zu Anm. 2. cit.

3) ſo namentl. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. 5.

4) l. 12. §. 5. vgl. die Anm. hiezu unter b). Unbeſtimmt lauten die Vorſchriften der Theres. art. 3 §. 15, art. 13 §. 3. ſ. dag. kurſächſ. Konſtit. IV. 17. (Stübel Thatbeſt. §. 131).

5) ſ. noch beſ. §. 67. 68 j. §. 42. 44.

6) Jenull I. 172—175. vgl. dag. Kitka S. 43 f. Hye S. 334—338.

7) vgl. Code art. 60. Hélie II. 99. 100. Rauter traité I. 212. Beſeler S. 156. Goldtammer I. 309—311. Ebenſo der bair. Entw.

8) vgl. hinſ. Hannover Ausnahmen in Art. 125. 168. Verſchiedene Anſichten bei Bauer Abh. I. 430 (Schlüter S. 47. n. 4. 11). Leonhardt I. 241. 242. 251. 252. Flöther in v. Bothm. Erört. II, 2. S. 113 f. Zachariä N. Arch. 1850. S. 284. 285. Unrichtig erſcheint die Entſcheidung in Bair. Strafger. I. 135—137. vgl. dag. IV. 173. V. 56 ff.

9) Breym. S. 200. 201 (wo nur der Verſuch der Anſtiftung eines Fürſichentſchloſſenen irrig als intell. Beihilfe bezeichnet iſt). Ungenau über dieſe und die andern neuen Geſetzgebungen ſind mehr oder minder Hepp a. a. O., Häberlin I. 54. 55, theilweiſe auch F. Roßhirt S. 395 f. Goldtammer I. 311. n. 2.

10) ſ. auch Otto üb. d. Verſuch. S. 102.

Digitized by Google

Zuſage ſeiner phyſiſchen Thätigkeit einer (geringeren) Verſuchsſtrafe. Ebenſo das badiſche §. 122 (der Strafe des nicht beend. Verſuchs), ſo zwar, daß die mißlungene Anſtiftung ſtraflos bleibt [1]). Dagegen hat das neue öſtr. GB. §. 9 ſowohl die mißlungene als die gelungene, aber erfolglos gebliebene Anſtiftung (ſowie die Anſtiftung eines alias facturus) als Verſuch des Verbrechens bezeichnet [2]). Die vorhin angef. Gbücher von Sachſen, Wirtemb. und Heſſen werden verſchieden ausgelegt [3]). Man beruft ſich auf die Ausdrücke: bewogen hat, Urſache geworden iſt, um zu beweiſen, daß der Anſtifter überall erſt bei gelungener und wenigſtens einigermaßen objektiv erfolgreich gewordener Anſtiftung ſtrafbar zu werden anfange [4]). Allein ganz mit Unrecht; denn dieſe Ausdrücke ſchließen die Auffaſſung der nicht ſoweit gediehenen Anſtiftung als ſtrafbaren Verſuchs nicht aus [5]); ja, wenn man ſie premiren wollte, dürfte man überall die Anſtiftung nicht ſtrafen, außer wenn infolge der gelungenen Anſtiftung das Verbrechen wirklich vollendet worden iſt [6]). In der That wird denn auch das ſächſ. GB. anders ausgelegt (im Sinne des §.) [7]), wogegen mit dem heſſiſchen das Umgekehrte ſtattfindet (jedoch nur hinſichtlich der mißlungenen oder auf einen alias facturus getroffenen, ſowie einer gelungenen, aber ſofort ganz erfolglos gebliebenen Anſtiftung) [8]). Zu läugnen iſt nun aber allerdings nicht, daß alle neueren Geſetzgebungen, welche die franzöſiſche Lehre vom Verſuch und dem commencement d'exécution (freilich oft mit dem ſichtlichſten Widerſtreben, das ſich in der Menge der Ausnahmen Luft machte) angenommen haben, der Anwendung der richtigen Grundſätze ein unüberſteigliches Hinderniß in den Weg legen [9]). Doch gilt dies keineswegs auch für den Fall, wenn infolge gelungener

---

1) Thilo S. 146. 147. vgl. Breidenbach I, 2. S. 268. Berner S. 274. 275 Note. F. Roßhirt S. 398—401.

2) Hye S. 266. 267. 334—344. (Der Begriff des untaugl. Verſuchs fehlt dieſem GB.) ſ. auch Zürch. GB. §. 50.

3) Das Wirt. GB. ſoll nach Hepp S. 281—283 (dem F. Roßhirt folgt) die mißlungene Anſtiftung außer den Fällen der Art. 169. 176. 2 nie ſtrafen, ebenſowenig (wenigſtens in der Regel) die Anſtiftung eines Fürſichentſchloſſenen, desgl. die gelungene, aber wegen Sinnesänderung des Thäters erfolglos gewordene Anſtiftung (S. 286! 288. 29)—292)!! vgl. dag. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1. S. 76. n. 1. S. 492 unt. und die Motive, welche in der Anſtiftung ſogar einen beendigten Verſuch ſehen.

4) ſo Hepp a. a. O. F. Roßhirt S. 396. 397.

5) Häberlin I. 54. 55. Nach F. Roßhirts eigenem wiederholtem Anerkenntniß (S. 379. 381 unt. 382. 390. 392) war dies ſogar von jeher die commun. opinio! ſ. auch Temme Krit. d. preuß. Entw. von 1843. S. 102. 104. Goltammer I. 311.

6) Dies wäre die wahre Konſequenz, zu der es aber bei dem Durcheinander von Vorſtellungen und Einbildungen bei Hepp nicht kommt.

7) Weiß S. 180. nr. 6 und die dort angef. Praxis. (Irrig iſt nur die Auffaſſung der Anſtiftung eines alias fact. als Beihilfe.) Schwarze in den N. Jahrb. 1844. S. 28—39.

8) Breidenbach I, 2. S. 264—272. 278. 279 (S. 278. n. 3 eifert er jedoch ſelbſt gegen die franz. Jurisprudenz und die Annahme „eines acceſſoriſchen Urhebers"!).

9) Wenn die Wirt. Motive die einfache Anſtifung beend. Verſuch nennen, ſo iſt dies eben ein Zeichen großer Unklarheit. Sie muß, wo das Geſetz dies nicht ausdrücklich ſagt, als bloße Vorbereitungshandlung betrachtet werden. Inſofern haben denn Marezoll S. 124. n. 3., Luden Hdb. I. 463. n. 5., Weiß, Schwarze a. a. O.

Anſtiftung der Thäter wirklich einen an ſich ſtrafbaren Verſuch gemacht, dieſen aber freiwillig wieder aufgegeben hat. Dieſe Reue kann nicht dem Anſtifter zu gut kommen [1]).

4) Der Fall c) hat die Jurisprudenz ſeit älteſter Zeit ſehr beſchäftigt. Die Italiener ſprachen jedoch nicht von dem Fall, wenn der Mandatar anſtatt des aufgetragenen Verbrechens ein ganz anderes verübt hat. Unbedenklich ließen ſie den mandans wegen dolus haften, wenn der Mandatar ein geringeres Verbrechen als das aufgetragene begieng [2]). Verübte er dagegen ein größeres, ſo unterſchied die communis opinio ſo: entweder war das mandatum tale, quod in potestate mandatarii erat non excedere, dann wird der praeter intentionem mandantis begangene Exzeß dem Letzteren nur zur culpa (mit einer poena extraord.) aufgerechnet, — oder es war der Art, daß es non erat in potestate mandatarii fines mandati servare, dann haftet der Mandant auch für den Exzeß wegen dolus mit der poena ordinaria [3]). Dabei war freilich theilweiſe Streit über die Subſumtion der einzelnen Fälle [4]), wobei man ſich oft in ſehr äußerliche Rückſichten verlor [5]); auch wurden Fälle eingemiſcht, die zunächſt gar nicht hieher gehörten [6]). Jedenfalls ſahen ſie richtig ein, daß hier lediglich die allgemeinen Grundſätze über dolus und culpa zur Anwendung kommen müſſen, wobei ſie nur den casus vergaßen [7])

---

u. A. Unrecht, wenn gleich ſie richtig einſehen, daß die betr. Gbücher hier großentheils blind in eine Falle gegangen ſind. ſ. N. Rev. S. 547. 548. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 76. n. 1. 2. vgl. III. 86—93. Nach ſolchen Gbüchern muß aber folgerichtig auch die Anſtiftung eines alias fact. ſtraflos bleiben. N. Rev. S. 546. 547.

1) A. M. Hepp a. a. O. (vgl. N. Arch. 1836. S. 48). Goldtammer I. 310. Verwirrt ſind die Fragen auch in der Ausführung bei Hufnagel III. 641—644. Kitka S. 43 f. Berner ſchweigt (ſ. übr. S. 308—310?) — vgl. dag. Breidenbach I, 2. S. 278. 279. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1. F. Roßhirt S. 409. 410. N. Rev. S. 557. 558. Wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1. Ueber die Ausnahmen der neueren Gbücher auch für die verpfuſchten Fälle ſ. F. Roßhirt S. 410—412. Der ſächſ. Entw. Art. 62 erklärt die mißlungene Anſtiftung überhaupt für nicht beend. Verſuch.

2) Bald. ad l. 25 §. 11 D. de adqu. hered. (29. 2) und ad l. 5 C. de accus. (9. 2) n. 20. Carrer. pract. §. 5. n. 74. Pet. Plaza Ep. crim. I. c. 15. n. 4. Decian. IX. 36. n. 12. Farin. qu. 135. n. 167.

3) Bald. ad. l. 5 C. de accus. (9. 2) n. 29. u. ad l. 12 C. mandati (4. 35). Angel. u. Aug. §. Et Sempr. n. 39. Jaso. cons. II. 188. n. 3. Clar. §. fin. qu. 89. n. 5. Menoch. arb. quaest. II. c. 352. n. 3. J. Ayrer tr. de homic. p. 2. n. 46. Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 15. Carrer. §. 5. n. 45. 72 sq. P. Plaz. Epit. I. c. 15. Boss. tr. de homic. T. de mand. n. 10. Decian. IX. 36. n. 5—13. Farin. qu. 135. n. 150—173.

4) z. B. über das mandatum, aliquem sfrisari oder vulnerari. Clar. l. c. Decian. l. c. n. 5. 6. Conrad. pract. r. de mandant. n. 9. Plaz. Epit. I. 12. n. 1. Farin. l. c. n. 155—157. 168. 169.

5) z. B. auf die Beſchaffenheit des Inſtruments (Fauſt, Stock, Degen, kleineres, größeres Meſſer ꝛc.) Farin. n. 152—157. 162, — auf die Gegenwart des mandans an Ort und Stelle der Vollziehung, Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 16. Decian. IX. 36. n. 13. Farin. n. 165.

6) Wie die Frage über die Verwechslung der Perſon des zu Ermordenden. Decian. n. 9. Farin. n. 159.

7) beſ. auffallend in dem eigens hervorgehobenen Fall, wenn der mit Entführung Beauftragte die Entführte umbringt. Bart. ad l. 40 D. de injur. (47. 10). Carrer. pract. §. 5. n. 73. P. Plaz. Epit. I. 15. n. 20. Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 17. Decian. l. c. n. 6. i. f. Farin. n. 158.

und ſehr ſtark der Theorie des dolus indirectus huldigten, übrigens auch mit Recht in dem zweiten der o. a. Hauptfälle auf die ausdrückliche Ausnahme des fraglichen Exzeſſes Seitens des Mandanten kein Gewicht legten [1]). — An dieſe Lehre ſchloß ſich denn auch Karpzov vollkommen an, nur noch mit entſchiedenerer Geltendmachung des dol. indirectus [2]), und ebenſo Böhmer, der nur auch die Zurechnung zur bloßen culpa, resp. zum casus, d. h. der gänzlichen Unverantwortlichkeit des mandans als Möglichkeit heraushob [3]). Natürlich mußte die Entwicklung der Lehre von dolus und culpa auch für dieſe Lehre vorzüglich beſtimmend werden, d. h. ſobald man anfieng, der objektiven Natur der Handlung gegenüber den Vorſatz als das Beſtimmende zu betrachten, mußte man auch das Hauptgewicht auf den beſtimmten Inhalt des Mandats legen, mithin den Anſtifter zunächſt nur für die nothwendigen oder vorausſehbaren Folgen einer in den beſtimmten Grenzen des Auftrags ſtehen gebliebenen Vollziehung verantwortlich machen und ihm außerdem höchſtens eine Verſuchsſtrafe auflegen [4]). Dieſe Rückſicht zeigt ſich auch noch bei den neueſten Schriftſtellern, obwohl im Widerſpruch mit andern aus der Natur der aufgetragenen Handlung ganz richtig abgeleiteten Beſtimmungen [5]). Es iſt jedoch in praktiſcher Hinſicht höchſt verkehrt, den Auftrag in der vom Anſtifter beliebten Abgrenzung zur Grundlage der Entſcheidung zu machen, da er hiemit ſelbſt zum Richter über das Maß ſeiner Verantwortlichkeit geſetzt, und die beliebigſte Verhöhnung des Geſetzes freigegeben wäre [6]). Damit iſt jedoch nicht geſagt, daß auf den beſtimmten Inhalt der Anſtiftung und die beigefügten Limitationen keine Rückſicht zu nehmen ſei [7]). Vielmehr muß die rechtliche Beurtheilung des Anſtifters hievon ſtets ihren Ausgang nehmen. Sobald nun aber die Ausführung dem beſtimmten Anſinnen nicht entſpricht, wäre es eben ſo thöricht, das vom Anſtifter angegebene Programm allein entſcheiden zu laſſen, als es verkehrt wäre, den einfachen doloſen Urheber bloß nach ſeinem Vorſatz (§. 59. 73) zu beurtheilen, ja noch viel thörichter, je leichter es dem intellektuellen Urheber iſt, die von ihm ganz klar eingeſehene objektive Natur der angeſonnenen Handlung durch beliebige Modalitäten und Reſtriktionen zu verſchleiern, zweideutig zu machen, auf die Schultern des phyſiſchen

1) Die Sache war freilich beſtritten. ſ. das Nähere b. Farinac. qu. 135. n. 171—173. vgl. Gomez de del. c. 3. n. 17. 18. Matth. ad l. 48. t. 5. c. 3. n. 16.

2) qu. 4. n. 17—26.

3) Obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 3. vgl. Leyser Sp. 597. med. 19. Lynker c. 2. i. f. Stryk de imput. fact. al. c. 5. n. 20. Quiſtorp §. 59.

4) Püttmann opusc. n. 1. Kleinſchrod I. §. 187. vgl. aber Tittmann I. §. 106. Henke I. 530. 531 (beide letzteren machen den Mandanten auch im letzteren Falle doch auch wegen culpa verantwortlich). Feuerbach Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 145—150 (auffallend inkonſequent). Oberflächlich oder gar nicht berührt iſt die Frage bei Grolman §. 33. n. c. Salchow, Wächter, Marezoll, Jarcke I. 226, Abegg S. 114. Martin §. 81. n. 9. 10 (nimmt bloß culpa beim Exzeß an).

5) ſo beſ. bei Kitka S. 10—21. 34—43. Bauer Abh. I. 431. 432. vgl. Oerſted Abh. II. 146 f. Stübel Theilnahme S. 82—84. 121. 122. Hélie II. p. 77—79 (und Jousse, Muyart de Vouglans ib. citt.).

6) N. Rev. S. 558—561. vgl. Simoni II. p. 57.

7) wie Legraverend I. p. 137 behauptet.

Agenten zu wälzen und ſich ſelbſt in's Trockene zu bringen [1]). Handelt es ſich mithin um einen quantitativen Exzeß (wovon zunächſt allein die Rede iſt), ſo iſt der Anſtifter in allen Fällen verantwortlich, und zwar in vollem Maße ebenſoweit, als die Ausführung dem Auftrage entſpricht [2]). Die Abweichung von ſeinem Anſinnen kann aber theils darin beſtehen, daß der Angeſtiftete ein geringeres Verbrechen begeht, theils darin, daß er ein größeres Verbrechen (im genus des angeſonnenen) oder neben dem angeſonnenen noch ein weiteres verübt. Im erſteren Fall liegt die Sache ebenſo wie dann, wenn der Angeſtiftete einen Verſuch begeht, davon aber freiwillig wieder abſteht [3]). Im zweiten Falle muß die Ausartung der Handlung des Thäters in eine höhere Art der angeſonnenen Verbrechensgattung [4]) oder ſtrafbarere Modalität der Begehungsweiſe [5]), und ebenſo die Begehung eines weiteren Delikts, ſei es als Mittel zur Verübung des angeſonnenen oder als Folge davon, — auch dem Anſtifter zum dolus, zur luxuria oder zur culpa zugerechnet, resp. derſelbe dafür unverantwortlich gelaſſen werden, je nachdem er den Exzeß vorausſehen mußte, vorausſah, vorausſehen konnte oder nicht vorausſehen konnte [6]). Dabei können denn die vom Anſtifter beigefügten Limitationen bald entſcheidend ſein, bald nicht, — letzteres dann, wenn ſie mit der Natur der aufgetragenen Handlung nicht übereinſtimmen oder gar in offenem Widerſpruch ſind. Die Abweichung der That von der Anſtiftung kann aber auch eine qualitative ſein. Hiebei ſind dann zwei Fälle möglich. Die ausgeführte That kann mit der angeſonnenen noch in Ein genus fallen oder nicht. Im erſten Fall iſt der Anſtifter für die ausgeführte That verantwortlich (jedoch nur nach Analogie der im §. 99 angegebenen Grundſätze) [7]), im letzteren nicht, wogegen ihm hier

---

1) Dies erkennt Kitka S. 19—21 ſehr richtig, wogegen die Ausführung bei Berner S. 295—303 ſchwankend u. unvollſtändig, theilweiſe ſich ſelbſt widerſprechend iſt. Auch Kitka aber verwirrt ſich nachher, S. 36. Note. S. 40—43. ſ. dag. Tittmann I. §. 106. not. u.

2) Ueber den Verantwortlichkeitsumfang eines unbeſtimmten Auftrags ſ. Kitka S. 10—14. (vgl. 49. 50?). Berner S. 295—298.

3) N. Rev. 557. Dieſer Fall darf aber nicht, wie allgemein geſchieht, mit dem weſentlich verſchiedenen verwechſelt werden, wenn der Thäter, ohne von dem Willen des Anſtifters abweichen zu wollen, bloß das geringere Verbrechen realiſirt. Dieſer Fall gehört unter die Regel des §. 98. N. Rev. S. 537. 552. 553. Auch Kitka S. 43—45 und Berner S. 301. 302 werfen hier Alles durcheinander. ſ. dag. Tittmann I. §. 106. zu not. w. (der ſich übrigens ſehr unklar ausdrückt!).

4) Raub ſtatt Diebſtahl, — Tödtung ſtatt Verwundung ꝛc.

5) Gefährlicher Diebſtahl ſtatt gemeinen Diebſtahls ꝛc.

6) ſ. N. Rev. S. 558—561 und hiernach (ohne jedoch die N. Rev. zu nennen) F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 547—553. vgl. Hefftter §. 83. n. 5. Theilweiſe, aber weder beſtimmt, noch vollſtändig und mit Irrthum vermiſcht, findet ſich die richtige Entſcheidung (von den Aelteren abgeſehen ſ. o.) auch bei Tittmann I. §. 106. Stübel Theilnahme S. 83. 84. Kitka S. 40—43 (N. Arch. 1835. S. 584 f.) Berner S. 302. 303. 310. 311 (wogegen S. 301 ganz Falſches gelehrt wird). Mittermaier n. 9. z. F. §. 46. Otto üb. d. Verſuch S. 100 (?).

7) Eine ſcharfſinnige, aber unjuriſtiſche Geſichtspunkte herbeiziehende Ausführung hierüber ſ. bei Kitka S. 34—40. ſ. dag. Berner S. 298—302, wo jedoch die praktiſche Entſcheidung nicht ganz richtig — und die theoretiſche Verbeſſerung aus Feuerbach (Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 145 f.) genommen iſt. Unberührt bleibt die Frage bei F. Roßhirt a. a. O. ſ. dag. Stübel Theilnahme S. 83. 84. 121. 122, wo nur der im Text angegebene Unterſchied nicht genügend beachtet iſt.

ein untauglicher Verſuch des angeſonnenen Verbrechens aufzurechnen iſt [1]).

5) Die neueren Geſetzgebungen ſind auch in dieſer Frage der Spiegel der zwiſchen Wahrheit und Irrthum ſchwankenden Doktrin. Der Cod. Max. z. B. unterſcheidet nur zwiſchen casus und dolus, ohne der culpa zu gedenken, die ſich noch im dolus indir. abſorbirt [2]). Die übrigen Gbücher des vor. Jahrhunderts berühren die Frage nicht. Dagegen wurde ſie ſeit dem bair. GB. Gegenſtand beſonderer legislativer Fürſorge. Auch hat dieſes GB. das Verdienſt, die Fälle des Exzeſſes (Art. 47. 48) unterſchieden zu haben, wenn gleich nicht vollſtändig; noch weniger war die Entſcheidung überall zu billigen [3]). Seit es nun Mode wurde, auf die — doch immer aus wiſſenſchaftlichem Sinne hervorgegangene — ſ.g. Kaſuiſtik des bair. GBs. herabzuſehen, kam man, da man ebenſo große Abneigung gegen prinzipielle Löſungen hatte, auf den unglücklichen Ausweg, nach Belieben den einen oder den andern Fall herauszugreifen und glücklich oder unglücklich zu entſcheiden, indem man die übrigen „der Doktrin und Praxis überließ.“ So im ſächſ. GB. Art. 36, im wirt. Art. 76, im hannövr. Art. 54. 55, im thüring. Art. 34 [4]). Das badiſche GB. §. 121 greift gleichfalls nur den Fall des herbeigeführten ſchwereren Erfolgs auf und beantwortet bloß die Frage nach der kulpoſen Verantwortlichkeit des Anſtifters. Am richtigſten laſſen das heſſ. und braunſchw. GB. die ſämmtlichen Fragen ganz der Anwendung der allgemeinen Grundſätze über dolus, culpa und casus über, wobei jedoch zu bemerken iſt, daß beim heſſiſchen der allgemeine Standpunkt in der Verſuchsfrage Modifikationen der richtigen Konſequenzen nöthig macht [5]). Ebenſo verhält es ſich mit dem preuß. und dem öſtr. GB., ſofern ihre Beſtimmungen nur als für die Fälle des §. 98 gegeben erſcheinen, dem vorliegenden alſo nicht präjudiziren [6]).

---

1) N. Rev. S. 559.

2) l. c. 12 §. 5. mit den Anm., die ſich auf Stryk, Leyser, Böhmer berufen, aber weſentlich ganz auf Karpzovs Standpunkt ſtehen.

3) Die 2 Fälle des Art. 47 ſtehen in ſchreiendem Mißverhältniß; der Fall 1. iſt ſo vag als möglich gefaßt. Bei der qualitativen Ueberſchreitung (Art. 48, 1) iſt das punctum saliens nicht getroffen, ſondern ein unpaſſendes Kriterium untergeſchoben, bei Art. 48, 2. 3 — wie überhaupt — viel zu viel Rückſicht auf das Belieben des Anſtifters genommen, und der Verſuchsbegriff ungeſchickt angewandt. — Uebrigens iſt weder der Tadel von Kitka, noch die Rechtfertigung von Berner treffend, wohl aber das, was Arnold N. Arch. 1844. S. 190—195 ſagt.

4) Dieſe ſprechen nur von der Zurechnung der nicht aufgetragenen Mittel und Erfolge, — nur das hannövr. berührt auch den qualitativen Exzeß. In Beziehung auf jene erſte Frage ſtellen das ſächſ. u. hannövr. GB. (Art. 54) unſtatthafte Präſumtionen auf, wobei ſie, wie die beiden andern, die culpa ignoriren, die doch im hannövr. Art. 55 richtig erwähnt iſt, — das wirtemb. jedoch nur ſo, daß die Zurechnung zur culpa außer dem Fall d. Art. 76 nicht abgeſchnitten iſt. (ſ. dag. Schlüter S. 48. n. 12. 13. vgl. mit Bauer Anm. I. 476 und Leonhardt I. 245—250). F. Roßhirt a. a. O. S. 550—553. Zugleich legen dieſe Geſetzgebungen auf die Limitationen des Anſtifters zu viel Gewicht. Die übergangenen Fälle (qualit. Exzeß und Begehung eines größeren oder eines geringeren Verbrechens) werden von Hufnagel StrſGB. mit Anm. S. 75 (nach Kitka) unrichtig entſchieden. Breidenbach I, 2. S. 295.

5) Breidenbach I, 2. S. 288—295. Breym. S. 203. ſ. auch d. neuen ſächſ. Entw. Art. 62. — vgl. noch Abegg Krit. d. Wirt. Entw. S. 41. 42. Krug Studien I. 72. Schlüter Beitr. S. 35.

6) Beſeler S. 157. Goldtammer I. 313—315 (unklar und höchſt will-

6) Neuerdings wurde noch besonders die Frage ausgehoben, welchen Einfluß der Ablauf der Zeit auf die Strafbarkeit des Anstifters habe? Sie theilt sich in die 2 weiteren: a) ob überhaupt der Anstifter, wenn er das Anstinnen nicht zurückgenommen hat, sich mit dem Ablauf einer längeren Zeit entschuldigen könne [1])? b) ob beim Ablauf einer gewissen Zeit zwischen Anstiftung und Ausführung dem Anstifter die Verjährung zu gut kommen könne, während sie für den Thäter noch nicht vollendet sei? Die erstere Frage ist, soweit sie nicht durch die Beantwortung der letzteren modifizirt wird, zu verneinen, selbst für den Fall, wo zur Ausführung eine bestimmte Zeit festgesetzt war, da auch nach fruchtlosem Ablauf dieses Moments für den Anstifter mindestens noch eine Verantwortlichkeit wegen culpa übrig bleiben kann, und eine stillschweigende revocatio mandati überall nicht anzunehmen ist [2]). Die zweite Frage ist sehr bestritten. Von dem Standpunkte der Ansicht aus, welche den Anstifter überall erst dann verantwortlich macht, wenn infolge gelungener Anstiftung der physische Agent in's Gebiet des Versuchs vorgerückt ist, erscheint es nun freilich als konsequent, die Thätigkeit des Anstifters auch hinsichtlich der Verjährung als bloß accessorisch zu betrachten. Nur freilich steht diese Auffassung in bedenklichem Widerspruche mit dem meist auch von den Anhängern dieser falschen Ansicht anerkannten selbständigen Verhältnisse des Anstifters (im Gegensatze gegen den Gehilfen) s. §. 99 [3]). Auch hievon abgesehen aber, läßt jene Ansicht, wie es bei ihrer abstrakten Oberflächlichkeit nicht anders möglich ist, für zwei Fälle ihre Anhänger im Stich, — nämlich für den Fall der Anstiftung eines Selbstentschlossenen und für den Fall, wo der Thäter einen Versuch verübt, aber freiwillig wieder aufgegeben hat. Im ersteren kann man sich zur Noth mit der weiteren Unrichtigkeit hinaushelfen, daß man den Versuch in Beihilfe verwandelt (für die man ja ohnedies den Satz: accessorium sequitur suum principale bestmöglich ausbeutet) [4]). Im letzteren dagegen sitzt man offenbar zwischen zwei Stühlen nieder. Denn entweder behandelt man den Anstifter bezüglich der Verjährung auch hier als accessorium, — dann widerspricht man der zugleich zugegebenen selbständigen Stellung desselben, abgesehen davon,

---

führlich, weil er den Unterschied zwischen §. 98 u. 100 verkennt). Temme Glossen. S. 103 (trivial). Hye S. 260—263. (Beim östr. GB. treten wegen der relativen Beibehaltung des dolus indir. und der eigenthümlichen Behandlung der culpa besondere Modifikationen ein.) Falsch ist der Satz des bair. Entw. Art. 44. vgl. noch Waldländ. GB. Art. 42 u. Erachten f. Meklenb. S. 132 (gut).

1) Schon die Italiener erörterten diese Frage und die comm. opinio entschied sie richtig. Farin. qu. 135. n. 185. vgl. qu. 129. n. 68. vgl. übr. Tittmann §. 106. n. x. und Menken ib. cit.

2) Stübel Theilnahme S. 115. Kitka S. 49. Berner S. 304. 305. A. M. Abegg N. Arch. 1841. S. 381—400 und Hufnagel II. 897. f. dag. Breidenbach I, 2. S. 279—283. Da indessen Kitka, Berner und Breidenbach beim Mandatsexzesse den Anstifter zum Theil außer Verantwortlichkeit stellen, so hätten sie die Frage nicht so unbedingt entscheiden sollen.

3) Dieser Vorwurf trifft Berner in vollem Maße, — in geringerem aber (und zwar nach entgegengesetzter Richtung hin) Kitka, Breidenbach, F. Roßhirt.

4) so Breidenbach S. 234. 235. 358 (vgl. S. 250. S. 2!). Kitka S. 57—59. Noch bequemer hat man es, wenn man die Anstiftung eines Selbstentschlossenen mit Hepp für straflos, resp. mit Berner für volle Anstiftung hält. vgl. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 71. n. 1. S. 492 unten. Der offene Widerspruch findet sich bei Hye (vgl. Oestr. GB. §. 9) S. 267. j. S. 268.

daß betr. Falls für den Thäter, wenn er straflos bleiben muß (er kann freilich auch für ein delictum sui generis verantwortlich werden), gar keine Verjährung möglich ist [1]); — oder man erkennt eben aus der unläugbaren Natur der Sache heraus an, daß von einer accessorischen Qualität des Anstifters hier durchaus nicht die Rede sein könne, — dann muß man folgerichtig auch hinsichtlich der Verjährung hier den Anstifter selbständig stellen [2]). Soll die Beantwortung auch dieser Frage nicht in Willkühr ausarten, so muß auch hier die Grunddifferenz der Fälle in §. 98 und 100 festgehalten [3]), d. h. Anstifter und Thäter auch hinsichtlich der Verjährung gleichgestellt werden, wenn sie identisch erscheinen (bei gelungener und im Sinn des Anstifters erfolgreich gewordener Anstiftung), dagegen selbständig behandelt, wo wegen ganz oder relativ aufgelöster Willenseinheit beide auch hinsichtlich der Strafbarkeit einer selbständigen Beurtheilung unterliegen [4]). — Die neueren Gesetzgebungen lassen die ganze Sache auf sich beruhen [5]).

§. 101.

Die durch Anstiftung geschaffene Willenseinheit kann aber auch dadurch wieder aufgehoben werden, daß der Anstifter selbst seinen Willen zurücknimmt. Es treten hier die Grundsätze über die Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs ein (s. §. 84. Anm. 3). Da aber das freiwillige Abstehen nicht auch für denjenigen rechtsverletzenden Erfolg straflos macht, welcher nicht mehr aufgehoben werden kann, so ergiebt sich, daß der Anstifter, der nur seine Sinnesänderung erklärt, aber dadurch nicht das Unterbleiben des Verbrechens bewirkt hat, stets wenigstens noch (gleich dem Anstifter eines alias facturus) wegen Versuchs verantwortlich bleibt. Straflos wird er dagegen, wenn er das Verbrechen wirklich verhindert oder die Staatsgewalt zu einer Zeit, wo dasselbe noch verhindert werden konnte, von der Unternehmung in Kenntniß gesetzt hat. N. Rev. §. 148.

1) Diese Frage beschäftigte schon die italienische Jurisprudenz, die jedoch hier, wie sonst, prinzipielle Sicherheit vermissen läßt. Gerade die Hauptfrage

---

1) Zu diesem Widerspruch werden Hepp u. A. getrieben. s. z. B. die bei Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1 angef. Ansichten, die aber nach Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1 als irrig erscheinen. Hye S. 267. 268. Kitka und Berner berühren den Fall nicht.

2) so nach Breidenbach I, 2. S. 278. 279. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 409. 410.

3) Diese Distinktion fehlt bei Stübel Theilnahme S. 115.

4) Die Anstiftung verjährt hiernach selbständig in allen Fällen, wo sie unter den Begriff des untauglichen Versuchs fällt. Wo dagegen Anstifter und Thäter auch nur theilweise identisch erscheinen, da muß die Verjährung der Anstiftung mit der Verjährung der That Hand in Hand gehen, und zwar auch hinsichtlich des dem Anstifter zum dolus, zur luxuria oder culpa zurechenbaren Exzesses des Thäters, da diese Schuld nicht von der Hauptschuld getrennt werden kann.

5) Dabei muß denn nach dem in Anm. 3 Ausgef. die Auslegung in mancherlei Verlegenheiten gerathen. Leicht macht es sich Goltdammer I. 312, obgleich er in andern Fragen an dem accessorischen Charakter der Anstiftung nicht so streng festhält.

nämlich, ob die revocatio mandati entſchuldige, wenn das Verbrechen gleichwohl zur Ausführung kam, wurde verſchieden beantwortet [1]), wenn auch allerdings die bedeutendſten Auktoritäten für die richtige Entſcheidung waren, daß dann immer noch eine poena extraord. anzuſetzen ſei [2]). Die genauere Begründung iſt freilich zu vermiſſen. Dagegen wurde die Frage lebhaft behandelt, ob auch eine ſtillſchweigende revocatio mandati anzuerkennen ſei, z. B. wegen Verſöhnung des Anſtifters mit dem Bedrohten, wegen ausgebrochener Feindſchaft zwiſchen mandans und mandatarius, wegen Todes des mandans, wegen Verfluſſes eines längeren Zeitraums ꝛc. Die Frage wurde zwar bejaht, aber von der commun. opinio doch wieder ſo limitirt, daß es als Regel ſtehen blieb, der mandans müſſe die Zurücknahme dem Mandatar ausdrücklich erklärt haben, falls ſich nicht beweiſen laſſe, daß letzterer die eingetretene Veränderung gekannt und ex nova superveniente causa gehandelt habe [3]). Außerdem wurde noch ohne Noth darüber geſtritten, ob der mandans neben der Erklärung gegen den Mandatar auch den Bedrohten zu warnen habe [4])? Eine beſondere Ausnahme machte man beim assassinium [5]). — Die ältere deutſche Doktrin hat die Frage auf auffallende Weiſe vernachläßigt. Aber auch die ſpätere iſt zunächſt nicht über die Italiener hinausgekommen [6]). Eher zurück. So läßt Kleinſchrod den Anſtifter ſelbſt bei wirkſam gewordener Zurücknahme der Anſtiftung noch als Verführer ſtrafbar bleiben, wenn auch geringer, als im Fall der doch erfolgten Ausführung [7]), wogegen Andere annehmen, daß durch bloße ausdrücklich erklärte Zurücknahme des Mandats Strafloſigkeit bewirkt werden könne [8]); die Beſtimmung des Reats des Anſtifters in beiden Fällen bleibt bei ihm noch gänzlich vag (größere oder geringere Strafmilderung) [9]). Andere brachten dagegen den Begriff der culpa [10])

---

1) ſ. Farin. qu. 135. n. 187. 188.

2) August. ad Ang. §. et Sempron. n. 15. 46. Carrer. §. 5. n. 7. Boss. rubr. de mand. n. 13. Menoch. arb. qu. II. c. 352. n. 8. Decian. IX. 36. n. 32. J. Ayrer de homic. p. II. n. 48. Bajard. ad Clar. §. 1. n. 17.

3) Decian. IX. 36. n. 25. 33. 35. Farin. qu. 135. n. 175—177. 180. 181. 185. vgl. qu. 129. n. 90. 91. und die dort Citt.

4) Angel. l. c. n. 15. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 40. Conrad. pract. rubr. de mand. n. 6. Decian. IX. 36. n. 32. Farin. qu. 129. n. 92. qu. 135. n. 178. 179. vgl. Carrer. §. 5. n. 78. Plaz. Epit. I. 15. n. 7.

5) Farin. qu. 123. n. 82 sq. qu. 135. n. 186.

6) ſ. z. B. Stryk de mand. del. S. 1. n. 48. Engau Elem. §. 24.

7) Syſt. Entw. I. §. 188. Richtig verwirft er in §. 189 die ſtillſchweigende Zurücknahme (vgl. Tittmann I. §. 106 not. x.!); dagegen hängt er noch, wie Stryk S. 1. n. 49., die vorliegende Frage kritiklos an die völlig verſchiedene, ob das Mandat ſtrafbar ſei, wenn der auserſehene Mandatar den Auftrag zurückgewieſen, nachher aber doch ausgeführt habe. ſ. dag. ſchon Decian. IX. 36. n. 24. Carrer. §. 5. n. 47. 77. 78. Farin. qu. 135. n. 20—24. (ſ. übr. auch qu. 123. n. 128 sq.). ſ. übr. auch wieder Luden Hdb. I. 466—468.

8) Henke I. 269. Stübel Theilnahme S. 121. n. 83. Zachariä Verſuch. II. S. 265. 266. Kitka S. 7. 8. Berner S. 304. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 405.

9) In ſeinem Entwurfe ergriff Kleinſchrod richtig den Geſichtspunkt des Verſuchs. Dagegen kehren neuere Schriftſteller wieder auf den älteren Standpunkt Kleinſchrods zurück! ſ. z. B. Zachariä a. a. O. S. 267. F. Roßhirt N. Arch. a. a. O. S. 407.

10) Feuerbach Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 144.

oder den des Verſuchs [1]) oder beide zuſammen [2]) in Anwendung. Aus der Natur der Sache heraus kann jedoch nicht anders entſchieden werden, als im §. [3]).

2) So wenig als die P.G.O. haben auch ſpätere Geſetzgebungen von der vorliegenden Frage ſelbſtändig Notiz genommen, was jedoch ihre Beantwortung nach den allgemeinen Grundſätzen über den Verſuch nicht hinderte [4]). Von den neueren Geſetzgebungen halten es einige ebenſo [5]). Andere enthalten die im §. aufgeſtellten Grundſätze wenigſtens beim Komplott, von welchen aus unbedenklich ein Schluß auf die vorliegende Frage gemacht werden darf [6]). Einige enthalten ſie direkt [7]). Den über die gänzliche Strafloſigkeit mit Ausſchluß des andern hat das heſſ. GB. Art. 72 aufgenommen [8]). Dagegen thut das bad. GB. des Guten zuviel, indem es ſelbſt im Fall der Ausführung des Verbrechens den Anſtifter auch ohne Anzeige an die Obrigkeit ſtraflos läßt [9]). Aus dem öſtr. GB. §. 8. 9 läßt ſich mit Sicherheit nur die Strafloſigkeit der zurückgenommenen Anſtiftung für den Fall der unterbliebenen Ausführung des Verbrechens ableiten [10]).

3) Von ſelbſt verſteht ſich, daß eine verſpätete Zurücknahme der Anſtiftung den im §. angegebenen Erfolg nicht mehr haben kann. Es wird aber unter Umſtänden [11]) die Strafbarkeit des Anſtifters dadurch vermindert werden.

C) Miturheberſchaft.

§. 102.

Die dem Begriff der Freiheit vollkommen angemeſſene Form erreicht das Zuſammenwirken erſt in der Miturheberſchaft

---

1) Hepp N. Arch. 1836. S. 45—47. 53—55.

2) Tittmann I. §. 106. Stübel Theilnahme S. 121. Hufnagel I. 159. StrafGB. m. Anm. S. 75. n. 1.

3) Bauer Abh. I. 361. 364. 431. Sehr vag iſt Hélie II. 77. Gänzlich unklar Ziegler S. 22. n. 1. Unbeſtimmt Heffter §. 83. n. 5. Oberflächlich Mittermaier n. 5. z. F. §. 46. Theilweiſe richtig Otto üb. d. Verſuch. S. 99—101.

4) P.G.O. Art. 178. C. Max. I, 12. §. 3. j. Anm. b). Theres. art. 13. §. 5. 6. Preuß. LR. II, 20. §. 43. 60.

5) ſo das ſächſiſche, thüringiſche, preußiſche. vgl. Befeler S. 157 (ungenügend). Goldtammer I. 310 hält die einfache Revokation für hinreichend (?). ſ. aber S. 323!

6) Bair. GB. Art. 53 (Beihilfe ſtatt Verſuchs). Hannövr. Art. 61. Leonhardt I. 252.

7) Wirt. GB. Art. 77. ſ. aber jetzt Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 14, 2, wo die Bedingungen der Strafloſigkeit übermäßig erweitert ſind. Braunſchw. GB. §. 51. 69, 2. 3. Neuer ſächſ. Entwurf Art. 62. vgl. Zürch. GB. §. 50 j. 46, 2.

8) Breidenbach I, 2. S. 273—275.

9) §. 123. 124. vgl. Thilo S. 147. 148. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 406—409 (die Beſtimmung in §. 123, 2. u. §. 124 a. E., welche perfiden Denunziationen vorbeugen ſoll, iſt ſehr empfehlenswerth). Der bair. Entw. Art. 45 ſpricht den Anſtifter frei, wenn er die Ausführung verhindert hat. Zu mild iſt auch das wabtl. GB. Art. 49.

10) Hye S. 263—265 nimmt andernfalls höchſtens culpa an (?). Derſelbe erkennt zugleich eine tacita revocatio mandati an und zieht ſehr willkührlich auch die Anzeige an die Obrigkeit mit herein. vgl. noch Erachten f. Meklenb. S. 131. 132 (gut).

11) Stübel Theilnahme S. 85. 120. 121. n. 82. Kitka S. 8—10. vgl. Kleinſchrod I. §. 189. Tittmann I. §. 106. not. y. Berner S. 304. Hye S. 266. Note.

(§. 89). Dieſelbe unterſcheidet ſich von den bisher erörterten Formen der Theilnahme weſentlich dadurch, daß das Moment des Beſtimmens und des Beſtimmtſeins nicht mehr ungleich vertheilt, ſondern bei allen Theilnehmern wechſelſeitig im Verhältniß des Gleichgewichts geſetzt iſt. Daher hebt ſich in den Begriff der Miturheberſchaft ſowohl der Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe, wie der zwiſchen phyſiſcher und intellektueller Urheberſchaft auf. Die rechtliche Folge davon iſt aber, daß die Einheit der Abſicht auch die Einheit der That bedingt, woraus ſich als Regel die ſolidariſche Verantwortlichkeit der Miturheber ergiebt. Das Verhältniß der Miturheberſchaft (welchem andre Formen der Theilnahme ganz wohl zur Seite gehen können) wird begründet 1) unmittelbar als Folge des Zufalls, der verſchiedene Träger einer gleichen Abſicht zu gemeinſchaftlichem Wirken zuſammenführt, — zufällige Miturheberſchaft, — 2) infolge einer ausdrücklichen Willenseinigung, — Komplott; beide Formen gehen 3) relativ in Eins zuſammen in dem Begriff der Bande. — R. Rev. §. 143. 144.

1) Zufällige Miturheberſchaft.

§. 103.

Es können Mehrere, ohne intellektuell auf einander eingewirkt zu haben, ſich zufällig als Theilnehmer an demſelben Verbrechen zuſammenfinden. Sollen ſie nun als Miturheber deſſelben erſcheinen, ſo iſt erforderlich: a) daß jeder die Eigenſchaft eines Urhebers mitgebracht habe, b) daß jeder in den Mithandelnden die gleiche Eigenſchaft anerkenne, und c) alle zuſammen eben in dieſer gegenſeitigen Erkenntniß der gleichen in Handlung ausbrechenden Abſicht ihre phyſiſche Thätigkeit ſo einrichten, daß ſie als Glied der Geſammtthätigkeit gemäß dem Einen, wenn auch nicht ausgeſprochenen und organiſirten Willen erſcheint. Die Folge davon iſt, daß nichts darauf ankommt, wie viel oder wenig der Einzelne für den Erfolg phyſiſch beigetragen hat, vielmehr jeder für dieſen verantwortlich iſt, falls nur überall ſeine Thätigkeit mit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag, — wogegen ihm mindeſtens Verſuch zuzurechnen iſt, wenn ſein Akt dem Eintritt des Erfolgs erſt nachfolgte. R. Rev. §. 149.

1) Bei Aelteren und Neueren fehlt es vielfach von vornherein an der Möglichkeit einer richtigen Auffaſſung dieſes Verhältniſſes, weil unter der Herrſchaft des abſtrakten Prinzips der objektiven Kauſalität der ſpezifiſche Begriff eines phyſiſchen Miturhebers im Gegenſatze gegen einen bloßen Gehilfen (Haupt- oder Nebengehilfen) gar nicht hervortreten, mithin auch die ganze im §. dargeſtellte

Folgerung aus der Einheit der Abſicht auf die Einheit der objektiven Geſammtthätigkeit gar nicht einmal verſucht werden konnte [1]). Eben dieſer Mangel hatte aber auch die größte Willkühr in der Entſcheidung der hier fraglichen Fälle zur Folge. Schon die italieniſche Jurisprudenz ſtellte einerſeits den Satz auf, daß, wenn mehrere in ipso actu delicti zuſammenwirken, auch die bloß ein auxilium cooperativum (causam dans, proximum etc.) Leiſtenden mit der poena ordinaria zu belegen ſeien; andererſeits faßte ſie den Fall des zufälligen Zuſammenhandelns Mehrerer ohne Komplott auf und ließ hier jeden zunächſt nur für ſeine beſondere Thätigkeit haften, ohne jedoch bei dem minder Wirkſamen die Strafe der Beihilfe zu dem ſchwereren Erfolge auszuſchließen [2]). Es konnte hiernach ein bloßer Gehilfe ſchlimmer wegkommen, als ein Miturheber. Jenem wurde ſeine Thätigkeit nach ihrem urſächlichen Einfluß auf den Haupterfolg abgemeſſen, dieſem dagegen zunächſt iſolirt zugerechnet [3]). Daſſelbe Verhältniß kehrt aber ebenſo in der älteren deutſchen Doktrin wieder [4]), wenn gleich ſowohl bei der Beihilfe in ipso actu, als in dem andern Fall es an ſehr verſchiedenen Modifikationen der Grundanſicht nicht fehlte [5]). Uebrigens iſt wohl zu bemerken, daß bei dem Fall des zufälligen Zuſammenhandelns gewöhnlich nur der Fall der rixa in's Auge gefaßt wurde, wobei man eben von vornherein keine allen Theilnehmern gemeinſchaftliche Abſicht annahm [6]), daß mithin eigentlich der ganze Fall des Sen gar nicht in ſeiner Eigenthümlichkeit zur Auffaſſung kam. — Seit man nun die Lehre von der objektiven Kauſalität zur abſtrakten Norm prinzipiell zu erheben ſuchte, mußte ſich der Unterſchied zwiſchen in ipso actu zuſammenwirkenden Urhebern und Gehilfen im Weſentlichen ganz in den einfachen quantitativen Unterſchied von concursus plenus und minus plenus (Haupt- und Nebentheilnahme) auflöſen, mochte man nun übrigens den einzelnen Theilnehmern dieſen oder jenen Namen (Urheber, Miturheber, Hauptgehilfe, Gehilfe ꝛc.) geben [7]). Geſchah dies aber, ſo durfte man nicht den Fall des zufälligen gleichzeitigen Zuſammenwirkens Mehrerer wieder als einen beſondern hervorheben und — gleichviel ob die Theilnehmer in dolo

---

1) ſ. §. 93. Anm. 1. N. Rev. S. 572—576.

2) ſ. die Liter. b. Farin. qu. 96. n. 28—30. 65—69. vgl. Damhouder c. 76. n. 24—27. u. c. 133. n. 3. 7.

3) Indeſſen fehlte es ſchon damals nicht an ſolchen, welche auch außer dem Falle des Komplotts bei Gleichheit der Abſicht Geſammtverantwortlichkeit für den Erfolg behaupteten. Ghirland. de relax. carc. rubr. de abs. innoc. qu. 5. n. 2. Menoch. arb. qu. II. c. 362. n. 7. 15. Salyc. ad l. 6 C. ad l. Jul. de vi (9. 12).

4) Hier kam zu der regelmäßig (freilich mit Unrecht) auf den Fall des doloſen Zuſammenhandelns angewandten l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) noch überdies der Art. 148 der P.G.O.

5) ſ. z. B. Carpzov qu. 25. n. 19 sq. j. qu. 87. n. 29—33. Kress ad art. 148. p. 510. 511. ad art. 177. p. 646. 647. Berger Electa I. p. 10. 11. 108. Böhmer Med. ad art. 148. §. 2. ad art. 177. §. 8.

6) Ja wohl überhaupt keinen vollen dolus im ſtrengſten Sinn, wiewohl darüber Streit war. vgl. Farin. qu. 96. n. 67—69. Menoch. II. c. 362. n. 4. Carpzov qu. 25. n. 20. 22. 23.

7) ſ. beſ. Oerſted Grundregeln §. 27. vgl. Quiſtorp §. 55 (§. 54 not. a.?). Kleinſchrod I. §. 181. 198. Stübel Thatbeſtand §. 29 ff. Eisenhart de vera crim. soc. not. §. 28. Schmidt de concursu ad del. al. G. J. F. Meister princ. §. 42. 51. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. not. t. §. 104. Jarcke I. §. 36.

Digitized by Google

oder in culpa waren, — unter die Regel der l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) ſtellen, vollends nicht, wenn man den Miturheber als in concreto unentbehrliche Urſache definirte [1]). Uebrigens näherten ſich Mehrere, welche im Ganzen von jenem falſchen Standpunkte ausgehen, der richtigen Anſicht [2]). Prinzipiell begründet konnte dieſe jedoch erſt werden mit dem entſchiedenen Aufgeben jenes Grundſatzes [3]). Gleichwohl ſind die Konſequenzen nicht ſogleich von allen Vertheidigern der richtigen Anſicht richtig gezogen worden [4]).

2) Indeſſen iſt der Fall nicht mit andern zu verwechſeln, namentlich nicht mit dem Fall eines zufälligen gleichzeitigen Handelns mehrerer in culpa Befindlichen [5]), — oder mehrerer in eodem dolo Befindlichen, die aber ohne Kenntniß von einander handeln, ſich daher nicht wiſſentlich in die Hände arbeiten und eben darum auch kein Band der Willenseinheit herſtellen können, worauf allein die ſpezifiſche rechtliche Natur des vorliegenden Falls beruht [6]), — oder mehrerer in ganz verſchiedenem (auch nicht einmal relativ identiſchem) dolus Befindlichen [7]). Nur die Unklarheit in der gehörigen Sonderung dieſer Fälle kann die Geſetzgebung und Praxis für den vorliegenden Fall blind machen. Insbeſondere aber iſt noch dies wohl in's Auge zu faſſen, daß in dem vorliegenden Fall neben den in gleichem dolus Befindlichen auch Andere mitthätig werden können, welche dieſe Abſicht keineswegs, ſondern eine andere oder, wenn ähnliche, doch auf einen geringeren Erfolg gerichtete haben. Auf ſolche iſt aber ſelbſtverſtändlich das im §. aufgeſtellte Prinzip nicht anzuwenden, vielmehr müſſen ſolche iſolirt beurtheilt werden [8]). Ebenſo iſt wohl zu bemerken, daß im Fall des §. das vollendete Verbrechen nur denjenigen zugerechnet werden kann, deren Thätigkeit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag, mithin bloß Verſuch anzunehmen iſt, wenn ein Theilnehmer vor der Vollendung zurücktrat oder ſeinen Akt erſt nach geſchehener Vollendung anbrachte [9]). Endlich aber iſt die Beſtimmung des §en nur auf Theilnehmer in prämeditirtem dolus anzuwenden, da Affekt und vollends luxuria die

---

1) ſ. Martin §. 75. 79. 80. Freilich ſcheint es Martin mit der in conc. unentbehrlichen Urſache ſehr wenig genau zu nehmen und deshalb praktiſch im vorliegenden Falle eher manchen Miturheber zum Gehilfen zu machen, ſtatt daß er gerade das Gegentheil thun ſollte. §. 79. n. 11—14. vgl. Roßhirt Lb. §. 34. Marezoll S. 125. n. 2.

2) ſo beſ. Feuerbach §. 46. n. 2. vgl. Salchow Darſtellung I. §. 44 f. 117. 118 (noch ſehr unbeſtimmt), und neuſtens Luden Hdb. I. S. 476—478. vgl. S. 442. 443. ſ. auch ſchon Westphal de consortib. b. Berner S. 364, der ſich jedoch ganz an die l. 17 D. cit. hält.

3) N. Rev. S. 574. 575. vgl. Berner S. 349—352.

4) ſo namentlich nicht von Henke I. S. 275. n. 19—21. Bauer ignorirt den Fall. ſ. dag. Wächter I. §. 89. n. 82—84. Heffter §. 78. n. 2. (?) §. 83. n. 1—3. (vgl. jed. N. Rev. S. 575. 576) §. 86. n. 1 (ungenau).

5) Richtig iſt der von Berner S. 353 der N. Rev. gemachte Vorwurf.

6) Anklänge des Richtigen ſ. ſchon b. Quiſtorp §. 54. not. a. Tittmann I. §. 103. not. t. vgl. Luden Hdb. I. 442. not. 1.

7) vgl. Martin §. 79. n. 5—8, der jedoch abſolute Identität verlangt. Schröter §. 129, der die Fälle gar nicht ſondert.

8) Berner S. 348. vgl. Meine Schrift: Auerswald u. Lichnowsky S. 92 f.

9) N. Rev. S. 576. Berner S. 355. 388. 389 (?). Luden a. a. O., der überhaupt hier in Schwebe zwiſchen zwei Prinzipien iſt, erkennt dies nicht an. vgl. jedoch S. 476. n. 2.

Möglichkeit derjenigen Willenseinheit ausschließen, welche allein erlaubt, die physische Thätigkeit der Einzelnen als Eine Gesammtthätigkeit aufzufassen [1]).

3) Die Gesetze sind in Beziehung auf den fraglichen Fall sehr mager. Sehr irrig hat man seit jeher darauf die l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) angewandt [2]); ebenso irrig aber den Art. 148 der P.G.O., soweit er von Raufhändeln handelt [3]). Die neueren Gesetzgebungen spiegeln auch hier die Zerfahrenheit der Theorie nur zu sichtlich ab. Die meisten, mit Ausnahme des preuß. LRs. §. 64, kennen zwischen Komplott und Raufhandel kein Drittes und vernachlässigen daher den Fall ganz und gar [4]). Nur das sächs., braunschw. und thüring. GB. machen eine richtige Entscheidung desselben dadurch möglich, daß sie den spezifischen Begriff des Komplotts über Bord werfen und bei sog gleichen Theilnehmern die stillschweigende Uebereinkunft der ausdrücklichen gleichstellen [5]). Dabei sondern die beiden letztgenannten noch richtig den Fall eines gleichzeitigen Handelns ohne Möglichkeit eines stillschweigenden Einverständnisses ausdrücklich ab [6]). Auch nach dem wirt. und hess. GB. kann eine theilweise richtige Entscheidung zur Noth durch die Annahme eines stillschweigenden Komplotts ermöglicht werden [7]), wogegen jedoch andere großen Bedenken (s. u.) obwalten. Es wäre sehr am Platz, solchen Mißständen abzuhelfen [8]).

2) Komplott.

§. 104.

Die rechtliche Konsequenz, welche im Fall des §. 103 der Zufall für die gleichzeitig bewußt Zusammenhandelnden herbeiführt, tritt nicht nur unvorhergesehen und erst aus dem Aeußeren (ex re) entnehmbar, sondern als vorher gewußt und gewollt (ex proposito),

---

1) s. schon Ruprecht v. Freis. c. 5. 6. (Maurer). August. ad Ang. §. Et Andream n. 23. Matth. ad l. 48, t. 5. c. 3. n. 20. Böhmer. ad art. 148. §. 1. Der Art. 148 der PGO. hat hier seit 300 Jahren die Ansichten unauflöslich verwirrt. Indessen waren mehrfach die Aelteren hier von einem richtigeren Instinkt geleitet, als Neuere. s. N. Rev. S. 564—572. Klein Grundsätze §. 141. Roßhirt Entw. S. 271—275. Eine Ahnung des Richtigen s. bei Ziegler S. 78—93. Dagegen eine ganz naturwidrige, wenn auch hie und da scharfsinnige Auffassung bei Berner S. 356—392. Das praktisch Richtige, aber ohne Angabe des wahren Grunds, s. jetzt auch bei Luden Hdb. I. 443. not. 4. Anklänge bei v. Jagemann N. Arch. 1851. S. 348—351 (unsicher).

2) s. dag. Wächter I. §. 89. n. 82. Jarcke in Hitzigs Zeitschr. VI. S. 363 ff.

3) s. dag. Wächter a. a. O. n. 83. Roßhirt Entw. S. 266. 267. N. Rev. S. 565. vgl. den bes. Theil.

4) vgl. daher auch Jenull I. 180 u. fast buchstäblich hiernach Kitka S. 133. 134.

5) Sächs. GB. Art. 33. braunschw. §. 43. thüring. Art. 31. Das östr. u. preuß. GB. u. der bair. Entw. lassen die Auslegung ganz im Stich, wogegen der sächs. Entw. Art. 49, 2 eine treffende Bestimmung hat.

6) Braunschw. GB. §. 42. thüring. Art. 33. Weiß S. 169. vgl. Kursächs. Konst. p. 4. n. 7. Sie entscheiden den Fall richtig, aber eben nur unter der Voraussetzung, daß kein Zusammenhandeln stattfand.

7) Hufnagel III. 94—96. Breidenbach I. 2. S. 305. 306. vgl. Leonhardt I. 257. s. jed. N. Rev. S. 586. 587.

8) Meine Schrift: Auerswald ꝛc. S. 202. 203. Note.

daher auch weitergreifend (auf der Vollendung nachfolgende Akte und ganz unthätig Gebliebene ſich erſtreckend) ein im Falle des Komplotts, d. h. der Verabredung Mehrerer zur gemeinſchaftlichen Ausführung des Verbrechens, vorausgeſetzt, daß jeder Theilnehmer die Eigenſchaft des Urhebers (die Abſicht, das Verbrechen als ſeine That zu verwirklichen) hat. Denn es kommt hier zu dem im vorigen Fall wirkſamen Momente der identiſchen Abſicht noch das weitere der wechſelſeitigen Anſtiftung der Theilnehmer hinzu. N. Rev. §. 150 [1]).

1) Jemehr in der neueren Geſetzgebung die Neigung ſich zeigt, das Komplott als eine beſondere Begehungsform von Verbrechen preiszugeben [2]), um ſo wichtiger wird es für die Wiſſenſchaft, dieſe Form in ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit zu wahren, zugleich aber auch ſie vor den mancherlei Auswüchſen abſtrakten Denkens zu bewahren, welche ſie wiederholt der praktiſchen Tendenz der modernen Geſetzgebung verdächtig gemacht haben.

2) Das römiſche Recht erwähnt, wie anderer Begehungsformen, ſo auch nicht ſelten der conspiratio, factio u. dgl. [3]), womit Komplott und Bande bezeichnet werden, ohne jedoch damit eine beſondere techniſche Bedeutung zu verbinden. Ebenſo wenig wird man den techniſchen Begriff des Komplotts im germaniſchen Rechte ſuchen wollen. Der Fall wird allerdings erwähnt, aber ſo daß man (ganz abgeſehen von den wunderlichen Beſtimmungen über die mit geſammeltem Gefolge begangenen Verbrechen ſ. §. 92. Anm. 2) zugleich erkennt, wie nicht auf die Verabredung, ſondern auf die Ausführung das Hauptgewicht gelegt wurde [4]), wenn man auch wohl allerdings die auctores conspirationis für ſtrafbarer als die gemeinen Theilnehmer anſah [5]). Jedenfalls ſcheint man überall, wo man der Sache genauer nachgieng, den ganz dem objektiven Standpunkt des german. Rechts angemeſſenen Ausweg gewählt zu haben, daß man die vorherige

---

1) ſ. Literatur zu §. 89 und noch beſonders: v. Schirach im N. Arch. I. 516 f. Kleinſchrod eb. IV. 329 f. Cucumus eb. XIV. 1 f. Busman de societate delinqu. 1824. Bauer Anm. I. 481 f. II. 210 f. Abh. I. 440 f. Stübel Theilnahme §. 6—11. 23—25. 46. Kitka §. 41. Ziegler §. 2 ff. Gönner u. Schmidtlein Jahrb. d. Geſetzgeb. I. 70. 385 f. v. Jagemann im N. Arch. 1851. S. 345 f. (unbedeutend). Trefurt eb. 1838. S. 408—412. Berner S. 393 ff. (wenig Neues und Eigenes).

2) Nicht der Fall iſt dies im preuß. LR. II, 20. §. 66. 73, wo nur die Definition zu vag iſt (den §. 73 ignorirt Berner S. 480), wohl aber im öſtr. GB. (ſ. freilich Jenull I. S. 177—179 u. ganz nach ihm Kitka §. 41. vgl. Hye S. 255. 256), im Code pénal und hiernach im preuß. GB. (Beſeler S. 152—154), ohne dieſes Vorbild im ſächſ., braunſchw. und thüring. GB., und neuerdings im bair. Entw.

3) ſ. z. B. l. 4 pr. l. 8 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 5 pr. §. 6. C. eod. (9. 8). l. 11 §. 2. l. 16 pr. D. de poen. (48. 19). l. 3 pr. D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). l. 1 §. 1. l. 9 §. 3. l. 20 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1 pr. D. de effract. (47. 18). l. 2 pr. D. ad l. Jul. de annona (48. 12). l. 13 D. de cust. reor. (48. 3). vgl. Rein S. 521. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 18. n. 37. 38. S. 42. n. 103.

4) ſ. beſ. L. Wisig. VI, 5, 12 a. E. Ed. Roth. c. 10. 11. 284. 285. L. Liutpr. c. 134.

5) Capit. a. 805. c. 10 (P. I. p. 133).

Verabredung besonders aufrechnete, nachher aber das Maß der äußeren Thätigkeit entscheiden ließ [1]). Die Rechtsbücher des MAs. geben um so weniger Ausbeute, da sie überhaupt die verschiedenen Theilnahmeverhältnisse mit großer Willkühr behandeln. Gleichwohl muß die germanische Grundansicht, welche nach dem Prinzip der objektiven Kausalität hinneigte, in der (italienischen) Doktrin des MAs. in Konflikt mit der römisch-rechtlichen Auffassung gekommen sein. Denn eben diese italienische Jurisprudenz hat auch hier wieder sichtlich vermittelnd der P.G.O. vorgearbeitet. Ihre communis opinio hat den Begriff des Komplotts in seinen wesentlichen Momenten zuletzt im Ganzen richtig herausgearbeitet [2]). Aber bei näherer Nachforschung zeigt sich, daß dieser Begriff nur auf dem Wege langsamer Vermittlung zu Stande kam [3]). Jedenfalls hat die P.G.O. Art. 148 pr. das Komplott mit in's Auge gefaßt. Es ist jedoch ebenso unrichtig, in dieser Stelle bloß das Komplott zu finden [4]), als es ein Irrthum ist, wenn die vorherige Vereinigung der Willen als etwas nach der P.G.O. ganz Indifferentes bezeichnet wird [5]). Auf's Entschiedenste hat vielmehr die deutsche Doktrin seit 3 Jahrhunderten gerade dieses Moment — zum Theil auf übertriebene Weise — zum Nerv des Verhältnisses gemacht [6]). Allerdings gab die P.G.O. den Grundgedanken nur im Allgemeinen an und ließ einer Reihe von Kontroversen den weitesten Spielraum, z. B. über die Strafbarkeit der nicht wirksamen Theilnehmer, des Anstifters, Rädelsführers, über die Frage, ob alle wirksamen Theilnehmer gleich bestraft werden müssen, über die Folgen des Rücktritts ꝛc. Allein die P.G.O. hatte für die Entscheidung solcher Fragen großentheils indirekt, besonders durch die Art. 107 u. 178 gesorgt. Nur freilich gab auch ihr Art. 177 den Anlaß, um unrichtigen Theorieen den Schein gesetzlicher Unterstützung zu verleihen. Die ältere Doktrin (die italienische und deutsche) hatte allerdings den praecedens tractatus an sich zum Motiv der Solidarität der Theilnehmer an der

---

1) Ed. Roth. c. 19. L. Rip. 64. L. Liutpr. c. 134. L. Baj. III, 8. §. 1.

2) Gandin. t. de homicid. n. 12. 45. u. A. bei Farin. qu. 96. n. 18. 72. Citt.

3) so erscheint z. B. bei August. ad Ang. §. et Andr. Mar. n. 23 das Komplott von dem Fall der dolosen zufälligen Miturheberschaft noch keineswegs bestimmt unterschieden. Andre stellten dem Uebergreifen des subj. Moments den german. Grundsatz des Unterschieds von Vollendung u. Versuch entgegen. s. Carrer. u. A. b. Farin. l. c. n. 73, wogegen wenigstens beim crimen maj. u. a. schwereren Verbrechen die Verwirkung der poena ord. schon durch das Komplott an sich ihre Vertheidiger fand. s. Farin. qu. 112. n. 144. 145. Andre verlangten dagegen außer der verbalis machinatio noch einen actus extrinsequus, z. B. die Auffindung eines Menschen, qui debeat principem occidere (so Foller. s. Farin. qu. 116. n. 149. vgl. dag. Boss. ib. n. 150. u. die qu. 124. n. 47—49 Angef.). Auch fehlte es nicht an solchen, welche das Moment des „eigenen Interesses" bestimmt heraushoben. ib. qu. 129. n. 36—39.

4) Dies ist jetzt die gewöhnliche Meinung. s. dag. Wächter I. §. 89. n. 83. u. den vor. Hen.

5) Luden Hdb. I. 479. n. 1. (vgl. jed. Abh. II. 367 ff.) Auch Wächter a. a. O. nähert sich diesem Irrthum.

6) vgl. Damhouder c. 76. n. 27. Carpzov qu. 125. n. 11—18. Kress. ad art. 148. Berger El. I. p. 107. 190. 191. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1. Meister rechtl. Erk. I. dec. 14. n. 8. III. dec. 71. n. 33. Quistorp §. 54. Grolman §. 34. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 130 ff. Lb. §. 47. Tittmann I. §. 103. Stübel Thatbest. §. 61 ff. ꝛc.

Ausführung gemacht. Allein dabei hatte es an den näheren Bestimmungen sehr gefehlt. In der Regel wurde allerdings vorausgesetzt, daß alle in gleichem dolus coadunati gewesen seien, wobei man dann nur über die Strafbarkeit der bloßen Vereinigung, über den Anfangspunkt derselben, über die Strafbarkeit der unwirksam gebliebenen Theilnehmer, über die Strafbarkeit bei mißglücktem oder keinem Einzelnen speziell nachweisbaren Effekt ꝛc. stritt [1]). Gleichwohl fehlte es nicht an solchen, welche auch bei dieser Frage das germanische Prinzip der objektiven Kausalität trotz der coadunatio zur Geltung bringen wollten, theils durch geringere Bestrafung der nicht bis zum Aeußersten Gegangenen [2]), theils durch Anwendung der Grundsätze über die Anstiftung eines alias facturus [3]). Carpzov dagegen hält zwar fest daran [4]), daß zum Komplott die Gleichheit der Absicht bei allen Theilnehmern gehöre, eben hieraus aber die gleiche Verantwortlichkeit aller wenigstens bei der Ausführung Gegenwärtigen für den Erfolg sich ergebe [5]). Allein sobald man das Prinzip der objektiven Kausalität mit Bewußtsein zu systematisiren begann, so mußte man nothwendig auf Abwege gerathen, welche von der Begründung des Komplotts auf den reinen Begriff der Miturheberschaft abführten [6]). Zwar wurde zunächst gerade das entscheidende subjektive Moment: das gemeinschaftliche Interesse noch beibehalten, ja sogar ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß mit dem Vertrag mehrerer Urheber der Vertrag des Urhebers mit einem Gehilfen nicht verwechselt werden dürfe [7]). Allein diese vom subjektiven Standpunkt aus ganz richtige Auffassung mußte sich den Vertheidigern jenes Prinzips unter der Hand in eine durchaus irrige verwandeln. Da sie nämlich Urheberschaft und Beihilfe nur nach dem Grade der objektiven Kausalität unterschieden und die Forderung der Kausalität (freilich im Widerspruch mit dem Begriffe des Willens) auch auf das Gebiet der intellektuellen Theilnahme übertrugen, so mußte bei konsequenter Verfolgung dieser Richtung der Begriff des Komplotts immer mehr eingeschränkt und endlich ganz aufgelöst und überflüssig werden [8]). Es haben jedoch die Anhänger jenes Prinzips keineswegs alle die

---

1) Gandin. l. c. P. Plaz. Epit. I, 12. n. 1 sq. Bonif. de Vit. de insult. n. 30. Clar. V. §. homic. n. 37. Carrer. pract. de homic. §. 2. n. 68. 75. Gomez. var. resol. III, 3. n. 36. Menoch. arb. qu. II. c. 362. n. 25. Farin. qu. 96. n. 18. 72. qu. 112. n. 144. 145. qu. 116. n. 148—150. qu. 124. n. 47—49.

2) s. Carrer. u. A. bei Farin. qu. 96. n. 73.

3) s. Bertaz. Cons. I. c. 62.

4) s. auch Damhouder. c. 76. n. 27. (der die comm. opin. der Italiener ebenso auffaßt).

5) qu. 25. n. 11—18. vgl. Gail Obs. II, 109. n. 10. Berlich P. 4. concl. 11. n. 49 (und die dort Citt.).

6) s. z. B. Böhmer obs. 5. ad C. qu. 22, j. obs. 2 ad qu. 125 und Med. ad art. 148. §. 1. Er läßt noch die Willenseinigung als Grundlage gelten und selbst den nicht wirksamen Theilnehmer beim Kindsmord ꝛc. solidarisch haften; aber er verlangt bereits (nach Anal. des Mandats), die conspiratio müsse efficax gewesen sein. vgl. Med. ad art. 111. §. 9 und Quistorp §. 54.

7) s. bes. Kleinschrod I. §. 178. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 131 (diese Ausführung, welche durch ihr Festhalten des subj. Moments trotz des abstrakt obj. Standpunktes merkwürdig ist, hat Berner S. 452 oberflächlich und unrichtig abgefertigt), Tittmann I. §. 103. vgl. auch v. Schirach N. Arch. I. 519. 52).

8) Kleinschrod a. a. O. schließt daher nicht nur, wie Böhmer, den Fall aus,

gedachte Konsequenz verfolgt; vielmehr sind sie meist bei der herkömmlichen Lehre, wie sie nach dem Vorbilde der italienischen Jurisprudenz bei Karpzov sich vorgetragen findet, stehen geblieben, resp. zu derselben zurückgekehrt, wenn es auch hiebei an einzelnen Modifikationen nicht fehlte [1]), — während umgekehrt solche, welche konsequenter Weise vor Allem den subjektiven Gesichtspunkt hätten festhalten sollen, gerade hierin die Folgerichtigkeit vermissen lassen [2]). Ja es ist sogar das entscheidende subjektive Moment gerade von den Vertretern der ersteren Richtung weit gewichtiger, ja schroffer geltend gemacht worden, als von denen der letzteren.

§. 105.

Zum Komplott gehören mehrere von der gleichen urheberischen (§. 90) Absicht in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen beseelte Individuen, welche — in der Regel infolge einer besonders hierauf gerichteten Anstiftung — sich ausdrücklich oder durch konkludente, der Ausführung vorangehende Zeichen oder Handlungen dahin vereinigen, den allen gemeinsamen Willen als Einen Gesammtwillen durch gemeinschaftliche oder Einem oder Einigen mit Uebernahme gemeinschaftlicher Verantwortung übertragene physische Thätigkeit zur Ausführung zu bringen. Sowie einer oder einige sich durch Veranlassung der ganzen Verbindung auszeichnen können (Anstifter), so ist dasselbe hinsichtlich der Entwerfung des bestimmten Ausführungsplans und der Leitung der wirklichen Ausführung (Rädelsführer und Anführer) möglich. Abgesehen aber von diesen Modalitäten, sowie von andern Theilnahmeverhältnissen, die nebenher stattfinden können (vertragsmäßige oder gemeine Beihilfe oder Begünstigung ꝛc.), —

---

wenn einer der Theilnehmer auch ohne das Komplott die That ausgeführt haben würde, sondern er fordert auch, daß alle Komplottanten, wenn sie nicht zu bloßen Gehilfen herabsinken sollen, als Urheber im obj. Sinn (als nothwendige Ursachen, zum mindesten als Hauptgehilfen) physisch thätig — und zwar bei der Haupthandlung thätig gewesen sein müssen (s. gegen letzteres Feuerbach a. a. O. S. 131—135, der jedoch S. 137—140 bei der Bestrafung gleichfalls auf den abstrakt obj. Standpunkt zurückfällt und die von Kl. Ausgeschlossenen zwar als coauctores, aber doch nicht viel höher, als bloße socii ex compacto bestraft wissen will; sehr willkührlich ist dag. Klein Grundsätze §. 141. nr. 1. 2). Stübel Thatbest. §. 61 f. bemerkt hiegegen treffend, daß gerade in den von Kleinschrod allein für das Komplott übrig gelassenen Fällen der Begriff des Komplotts als ganz unnöthig erscheine, daß dieser vielmehr praktische Realität eben nur für solche socii ex comp. habe, denen physisch nur ein concursus remotus oder minus plenus zur Last falle. Für diese Fälle suchte er den Begriff des Komplotts auf Grund der Annahme einer intellektuellen Kausalität noch zu retten. Die letzte Konsequenz hat Stübel durch die Zerstörung der eben gedachten Voraussetzung erst in seiner Schrift über die Theilnahme §. 23—25. 46. gezogen.

1) Feuerbach §. 47. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. vgl. Kleinschrod N. Arch. IV. 329 f. Kitka §. 41. Roßhirt Entw. S. 266 f.

2) so Wächter I. §. 89. n. 83. Heffter §. 86. s. dag. Jarcke I. 230. n. 5 (der aber auch den vertragsmäßigen Gehilfen unter die Komplottanten wirft). Henke I. 275. 276. 527. 529. 530. vgl. N. Rev. S. 578—584. Für subtil hält alle Bestimmungen über das Komplott Dollmann in der krit. Ueberschau I. 171 ff.

liegt das leitende Prinzip für die rechtliche Beurtheilung des Komplotts nur eben in dem, was das Spezifische dieser Begehungsform ausmacht, d. h. in der wechselseitigen Anerkennung der ursprünglich isolirten Absichten als identischer und in der demgemäß erfolgenden Konstituirung Eines Gesammtwillens mittelst wechselseitiger Anstiftung, wodurch denn für alle in diesen Gesammtwillen vereinigten Einzelwillen auch der infolge der Gesammtabsicht hervorgebrachte Erfolg zum Gesammterfolg wird, den sie solidarisch zu vertreten haben. N. Rev. §. 150.

1) Es ist neuerlich [1]) als eine wichtige Entdeckung verkündigt worden, daß sich das Komplott in „3 Rythmen" verlaufe, deren erster bald selbständig, bald als bloßer „Auftakt der beiden folgenden Rythmen" erscheinen soll. Abgesehen von Andrem, mag nur im Interesse der Praxis die Frage gestellt werden, welche juristische Behandlung denn eintreten soll, wenn der erste Rythmus als Auftakt in den zweiten übergeht [2]) und erst jetzt die Saiten springen? (s. unten).

2) Die im §. angegebenen Erfordernisse des Komplotts sind auch in den neueren Gesetzgebungen, soweit sie das Komplott als eigenthümliche allgemeine Begehungsform aufgenommen haben [3]), anerkannt. a) Eine Mehrheit von Personen: zwei genügen [4]). Aber diese Personen müssen sammt und sonders, d. h. jede die Absicht haben, das Verbrechen als ihre That zur Verwirklichung zu bringen [5]); — ein Satz, den Doktrin und Gesetzgebung nur häufig in ungenügenden und zweideutigen Formeln (gemeinschaftliches, unmittelbares Interesse, gemeinschaftlicher Zweck ꝛc.) ausdrücken [6]). b) Vereinigung dieser Personen zur

---

1) Berner S. 393 ff. bes. S. 414—421.

2) Nach S. 421 ist ja dies sogar „nichts Seltenes" (das Gewöhnliche!).

3) Dahin gehören nicht das Oestr. (s. übr. Hye 255. 256), das preuß. GB. und der bair. Entw. s. aber preuß. GB. §. 63. Bair. Entw. Art. 96. Goldtammer I. 284 f. 332. 333.

4) Bair. GB. Art. 50. Wirt. Art. 78. Zum Hannövr. Art. 57. s. Schlüter S. 49. n. 18. und dag. v. Bothmer Erörter. II. 142. 143. Leonhardt I. 255. zum Hess. Art. 74. s. Breidenbach I. 2. S. 307. Ebenso ist das Bad. §. 125 auszulegen. vgl. Sächs. Entw. Art. 49, 1. Preuß. GB. §. 63. — vgl. Sächs. GB. Art. 33, 1. Braunschw. §. 43—45 (Breym. S. 204) Thüring. Art. 31 (welche Gbücher nur den Namen: Komplott nicht haben, und den Begriff unrichtig erweitern). s. übr. die richtige Bem. von Walther Beitr. z. Lehre vom hochverr. Komplott. 1849. S. 55. 56 (daß es auf die Natur des bestimmten Verbrechens ankommt).

5) A. M. sind diejenigen, welche den vertragsmäßigen Gehilfen mit den Komplottanten zusammenwerfen, z. B. Stübel Thatbest. §. 64. Jarcke I. 230. n. 5. s. dag. Kleinschrod I. §. 178 (?). Feuerbach Krit. II. 131 (?). Tittmann I. §. 103. v. Schirach N. Arch. I. 519. 520. Wächter I. §. 90. n. 87. Roßhirt Entw. S. 268. Cucumus N. Arch. XIV. 4. Anm. z. bair. GB. I. 161 ff. Berner S. 470. Ziegler S. 6 unten. Sächs., Braunschw., Thüring. GB. Erachten f. Meklenb. S. 134. 135.

6) vgl. Stübel Theiln. §. 23. Bauer Anm. I. 482. II. 175. Die bair. Anm. und die wirt. Mot. stellen Haupt- und untergeordnetes Interesse einander entgegen (?). vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 77. n. 7. 8. und bes. Breidenbach I. 2. S. 307—309. Ueber die Schwierigkeit, welche der Art. 66 des

Ausführung des Verbrechens als Verwirklichung ihres Einen Gesammtwillens. Gerade in diesem Punkte wirken in der neueren Doktrin und Gesetzgebung noch mehrfach Reste der früheren Ansicht über die Nothwendigkeit der objektiven Kausalität auch im Verhältnisse der intellektuellen Theilnahme nach, sofern man meist noch davon ausgeht [1]), daß das Versprechen und Erwarten des gegenseitigen Beistandes bei der Ausführung der That das Moment sei, wodurch Miturheberschaft bei den Komplottanten erzeugt [2]) werde. Dies ist ein Irrthum [3]), da bei intellektueller Einwirkung von objektiver Kausalität nicht die Rede sein kann (§. 98). Indessen ist derselbe in das hair., wirtemb. und hannövr. GB. [4]) übergegangen, nicht ebenso in das hessische und badische, wenn gleich auch hier die Behandlung des Komplotts im Einzelnen nicht ganz richtig ist. Die vorgenannten Gbücher verlangen nämlich neben dem Beschlusse des Verbrechens aus gemeinschaftlichem Interesse auch noch ausdrücklich das Versprechen der gemeinschaftlichen Ausführung, woraus gefolgert werden kann, daß ohne dieses Versprechen ein Komplott gar nicht anzunehmen wäre [5]). Allein dies ist theoretisch, wie praktisch falsch. Denn der Begriff des Komplotts ist mit der Vereinigung der Gleichgesinnten zur Ausführung des Verbrechens als Verwirklichung ihrer identischen Gesammtabsicht abgeschlossen, wenn auch immer einige oder mehrere Theilnehmer gar keine positive Mitwirkung zur Ausführung zusagen. Dies ist ganz klar, wenn nur Einer das bestimmte Verbrechen ausführen kann, und nun die 20 ꝛc. Komplottanten darum loosen, wer dieser Eine sein soll [6]). Die Sache bleibt aber dieselbe, wenn unter den 20 nur Ein Ge-

---

hannövr. GBs macht, s. Leonhardt I. 258—260. vgl. bes. noch v. Bothmer Erört. II. nr. 6. Gut der sächs. Entw.

1) Stübel Thatbest. §. 61 f. Kleinschrod I. §. 178. Tittmann I. §. 103. not. b. und N. Arch. II. 376 (steht der Wahrheit sehr nahe). Feuerbach §. 47. Anm. z. bair. GB. I. 164—170. Martin §. 76. Henke I. 276. Bauer Abh. I. 442. Roßhirt Entw. S. 266—271 (Anklänge des Richtigen). Jarcke I. 228. Hefftter §. 86. Ziegler S. 7. 9. 10. 12. v. Schirach und Cucumus a. a. O. Walther S. 56. 57 (wenigstens nicht genau).

2) vgl. übr. Bauer Anm. II. 210 f. Lb. §. 77. not. c. Abegg S. 116. Marezoll S. 189. not. 3.

3) vgl. Berner S. 441. 442, der sich übrigens hier wieder einmal sehr mit Unrecht das Verdienst der Originalität zuschreibt. s. außer den in der vor. Note Angef. bes. Stübel Theilnahme §. 24. Grolman §. 34. Breidenbach I. 2. S. 299—301.

4) s. auch preuß. LR. II. 20. §. 73. Hye S. 255. Im sächs. u. thüring. GB. bildet die gemeinschaftliche Ausführung gerade den Nerv der Sache. Einen Mittelweg geht das braunschw., aber ganz in demselben Sinn.

5) Schlüter S. 49. n. 21 will sogar eine Verabredung zur gemeinschaftlichen Ausführung ohne „ausdrückliche Verpflichtung zum gegenseitigen Beistand" nicht genügen lassen. vgl. v. Bothmer Erört. II. 144 f. Der Streit zwischen Bauer Anm. I. 483. Gönner Mot. S. 114. Leonhardt I. 256. 257 ist gänzlich unerheblich, da alle von der Grundansicht ausgehen, daß die gemeinschaftliche Ausführung zugesagt sein müsse (Bauers Folgerungen hinsichtlich des stillschweigenden Komplotts sind unlogisch). Auch die sächs. Mot. z. Art. 49 sind hier im Irrthum, da sie sogar (ganz inkonsequent) die Eigenschaft des Miturhebers von der physischen Mitwirkung abhängig machen (Art. 56). s. dag. Zürch. GB. §. 51. Wadtl. Art. 48.

6) Hier konnte man immer noch der irrigen Theorie die Auskunft lassen, daß doch Alle zur Mitwirkung sich „bereit gezeigt hätten."

eigneter zur Ausführung iſt, welchenfalls die Natur zum Voraus die Rolle des Looſes übernommen hat [1]). — Dennoch liegt auch in der Anſicht jener Gbücher relativ etwas Wahres, ſobald man nur das falſche Motiv (die nothwendige objektive Kauſalität der intellektuellen Einwirkung) preisgiebt. Der gewöhnlichſte Fall des Komplotts iſt nämlich ohne Zweifel der, daß die Gleichgeſinnten auch zur gemeinſchaftlichen Ausführung ſich verabreden, weil eben hierin die Ernſtlichkeit der Abſicht jedes Einzelnen ſich am einfachſten beurkundet. Auch wäre es unfehlbar ganz falſch, abſtrakt zu behaupten, daß das Requiſit der Gemeinſchaftlichkeit zur Ausführung nicht gehöre, da man hiemit die Grenze zwiſchen dem Komplott und dem Verhältniß zwiſchen intellektuellen und phyſiſchen Urhebern geradezu aufheben würde [2]). Man wird daher die Frage nur ſo entſcheiden können, wie im §. geſchieht (d. h. als Regel: gemeinſchaftliche Ausführung, aber Komplott auch dann, wenn plangemäß die Ausführung nur Einer oder Einige übernehmen) [3]). Das Ergebniß iſt, daß man nicht abſtrakt wirkſame und unwirkſame Komplottanten ſich entgegenſetzen darf, ſondern unter den lezteren die plangemäß Unthätigen von den verabredungswidrig Unwirkſamen ſehr genau unterſcheiden muß.

3) Gemäß der hergebrachten irrigen Anſicht über das Motiv der Auszeichnung des Komplotts als beſondrer Begehungsform wurde von jeher viel darüber geſtritten, was denn zur gemeinſchaftlichen Begehung des Verbrechens gehöre? Karpzov fordert mutuae opis auxiliive praestatio, läßt aber die sola assistentia genügen, weil ſie den Thäter audacior mache [4]). Auch iſt dies im Weſentlichen communis opinio geblieben, nur daß man die einzelnen Arten der Mitwirkung näher beſtimmte [5]). Man ſtritt namentlich darüber, wie einer zu beurtheilen ſei, der keine beſtimmte Hilfe zugeſagt habe [6]) ? Ferner darüber,

---

1) Ebenſo dann, wenn der Geeignete ſelbſt unter den 20 ſich nicht findet, ſondern erſt geworben werden muß (Farin. qu. 116. n. 149), welchenfalls aber allerdings das Komplott ſich in das Verhältniß mehrerer Anſtifter zu einem phyſiſchen Urheber auflöſen kann. vgl. Berner S. 426. 467 (der über dieſen Unterſchied hinweggeht). Hye S. 256.

2) handelt es ſich bloß um 2 Perſonen, ſo iſt das fragliche Moment abſolut nöthig, um ein Komplott zu begründen, aber die Thätigkeit kann auch eine negative ſein.

3) Dieſer Punkt iſt praktiſch um ſo mehr zu betonen, da nicht nur die fraglichen 3 Gbücher, ſondern auch das heſſiſche und badiſche ihn ignoriren und ſich mit abſtrakten (darum unwahren und ungerechten) Beſtimmungen über die „nicht wirkſamen" Komplottanten ohne weitere Unterſcheidung begnügen. Daſſelbe iſt in noch höherem Grade beim ſächſ., braunſchw. und thüring. GB. der Fall. vgl. Martin §. 76. n. 7.

4) qu. 25. n. 11 sq. vgl. Leyser Sp. 535. med. 17. Sp. 536. med. 15. 16. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1 bemerkt, daß auch ein bei der Ausführung Abweſender durch anderweitig geeignete Thätigkeit mitwirken könne. vgl. Quiſtorp §. 54 (unter Anführung von Böhmer) und Berner S. 466 (ohne ſolche). ſ. auch Kleinſchrod N. Arch. IV. 331. 332. Nicht genügend iſt die bloße Gegenwart nach v. Schirach N. Arch. I. 524. ſ. auch Westphal de consort. §. 14 sq.

5) Ueber die eigenthümlichen Behauptungen von Kleinſchrod und Stübel ſ. §. 104. Anm. 2.

6) Stübel Thatbeſt. §. 62. vgl. v. Schirach N. Arch. I. 522 (nach jenem milder, nach dieſem ſtrenger, — beides von dem falſchen Standpunkt der abſtrakt objektiven Kauſalität aus). Tittmann I. §. 103. not. b.

ob auch die Zusage einer Begünstigung zum Komplott genüge [1])? Diese Frage ist schon deshalb zu bejahen, weil nach allgemeiner Meinung die vorher zugesagte Begünstigung die rechtliche Eigenschaft der Beihilfe annimmt, und nach ebenso allgemeiner Meinung unter der Voraussetzung des „gleichen unmittelbaren Interesses" die Beihilfe durch das Komplott zur Miturheberschaft erhoben wird. Am richtigsten sagte Tittmann, daß auf Art und Grad der Mitwirkung, wie sie immer beschaffen seien, nichts ankomme [2]). Im Wesentlichen sprechen dasselbe auch die neueren Gbücher aus, welche das Komplott hervorheben. Namentlich nennen sie auch die Gegenwart am Orte der That [3]) (das bair. und hannövr. nur indirekt), jedoch nur unter der Voraussetzung, daß man durch seine Anwesenheit sich zur Mitwirkung bereit gezeigt habe [4]). Wie bei der bestimmten Vorschrift, daß das Komplott jede Mitwirkung vor, bei oder nach der That umfasse [5]), die wirtemb. Gerichte zum Theil die zugesagte negative Beihilfe durch Nichtverhinderung u. Anderes vom Komplott ausschließen, und über die Subsumtion andrer Thätigkeitsweisen unter das Komplott wenigstens zweifeln können [7]), ist unbegreiflich, da die Unterscheidung physischer oder positiver Beihilfe von intellektueller oder negativer in diesem Fall auf reiner Willkühr beruht und der aus den Mot. angezogene Satz, daß ein an der Planstiftung Theilnehmender, aber physischen Beistand Verweigernder [8]) eo ipso nicht Komplottant, sondern Anstifter od. intellektueller Gehilfe sei, zum mindesten sehr problematisch ist. s. Anm. 2. a. E.

---

1) Verneint von v. Schirach S. 525—527. Roßhirt Entw. S. 270. Note. s. dag. Stübel §. 63. vgl. schon Böhmer Obs. 5. ad Carpz. qu. 22 und seine Angaben aus der Praxis (s. jed. med. ad art. 148 §. 1, was Berner übersehen hat). Cucumus N. Arch. XIV. 3—5. Berner S. 467—471. Breidenbach I. 2. S. 312. 313.

2) N. Arch. II. 376 (unrichtig modifizirt im Hdb. I. §. 103. not. c.), und wörtlich hiernach Jenull I. 177. 178. und Kitka §. 41 (den Berner als originell citirt).

3) vgl. Kleinschrod A. Arch. IV. 330. Martin §. 76. Cucumus N. Arch. XIV. 5—7. Ob dies nach der PG.O. Art. 148 gesagt werden könne, war bestritten. s. auch v. Schirach a. a. O. S. 524. Breidenbach S. 313. 314.

4) Bair. GB. Art. 50. Hannövr. Art. 57. Wirt. Art. 79. Hess. Art. 74. Bad. §. 125. Daher ist gänzlich falsch, was Berner S. 465—467 über die neueren Gbücher bemerkt. s. auch Sächs. Entw. Art. 49, 1. vgl. Sächs. GB. Art. 33, 2. Thüring. Art. 31. Braunschw. §. 43.

5) Wirt., Hessen, Baden. Noch stärker drücken sich das bair. und das hannövr. GB. aus. Beim sächs., braunschw. u. thüring. zerflattert in dieser Beziehung der Begriff des Komplotts in andern Theilnahmeformen.

6) Hufnagel II. 513—518 (daß in dem S. 518. 519 angef. Fall kein Komplott anzunehmen war, lag freilich auf flacher Hand). StrafGB. m. Anm. S. 77. s. aber auch ebend. S. 493! N. Rev. S. 588. 589. Sächs. Mot. z. Art. 49. Bair. Strafger. II. 269 f.

7) Das Ges. 13. Aug. 1849 gibt freilich keine Definition des Komplotts mehr. Aber eben darum müssen die Wirt. Gerichte sich jetzt die Vorfrage stellen, auf welches Prinzip sie überall das Komplott stellen wollen, ob auf das früher herkömmliche eklektische oder auf das hier durchgeführte, welches allein Konsequenz in der Anwendung verbürgt?

8) Vorausgesetzt natürlich, daß nicht bloß von Zweien die Rede ist, deren einer bloß intell. thätig ist, während der andere bloß die physische Ausführung unternimmt.

4) Eine besonders bestrittene Frage war von jeher die: ob ein Komplott auch stillschweigend eingegangen werden könne? Der Fall eines stillschweigenden Komplotts streift übrigens so nahe an den im §. 103 erörterten Fall der zufälligen Miturheberschaft, daß in der Praxis sich in der Mehrzahl der Fälle die Grenzen leicht verwischen werden, falls sie überhaupt sich entschließen wird, die Grundsätze des §. 103 anzunehmen. Gleichwohl ist der Unterschied auch unter dieser Voraussetzung von Gewicht [1]). Denn im Fall des §. 103 entsteht das Band der Willenseinheit erst durch die wechselseitig wahrgenommene physische Thätigkeit. Es muß daher hier jedem Einzelnen nachgewiesen werden, daß er bereits mit der Absicht eines Urhebers an Ort und Stelle gekommen sei. Auch schließt sich das spezifische rechtliche Verhältniß hier im Wesentlichen mit der Thätigkeit bei der Haupthandlung ab, wenn schon auch ein Mithandelnder, dessen Akt erst post festum kommt, noch des Versuchs schuldig wird (z. B. der auf den bereits Todten noch schlägt, den bereits Ausgezogenen noch berauben will ꝛc.). Denn der eben nur durch das zufällige Zusammentreffen in ipso actu entstandene Willensnexus kann weder vor-, noch rückwärts rechtliche Folgen äußern. Dagegen setzt das stillschweigende Komplott eine jedenfalls der Ausführung vorangegangene Willensvereinigung voraus, welche sofort eine Solidarität der Verantwortlichkeit in gleichem Umfange nach sich zieht, wie die ausdrückliche Verabredung [2]). Noch weit größer wäre freilich der Unterschied, wenn das zufällige Zusammenwirken mehrerer dolosen Urheber nach der l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. beurtheilt werden müßte, wie Viele annehmen (§. 103. Anm. 1). Jedenfalls hätten die Anhänger dieser letzteren Theorie um so mehr Aufforderung zur Anerkennung des stillschweigenden Komplotts gehabt, was aber freilich vielfach ausblieb [3]). Dagegen haben auch Viele die Möglichkeit eines stillschweigenden Komplotts anerkannt, nur freilich nicht immer mit der erforderlichen Bestimmtheit, d. h. so, daß sich ihnen dieser Fall in den Fall des §. 103 hineinverliert [4]).

---

1) vgl. Meine Schrift: Auerswald ꝛc. S. 92—107. 199—201. 202. Note.

2) R. Rev. §. 149. u. S. 586—588. Berner S. 348—356. 404—406. A. M. Hufnagel III. 94—96 (nach den Motiven), wo aber gerade der Nerv des Verhältnisses nicht berührt ist, und der im Text berührte Unterschied ganz verschwindet (die praktische Folge wäre ebenso grausam als unwahr. Unrichtig Goldtammer II. 36. n. 1, der sich für die Auslegung des Wirt. Ges. auf Berner beruft!). vgl. Luden Hdb. I. 477. 478. Sarwey Monatschr. VII. 13 ff. Nach der „rythmischen" Theorie kommt man wohl ziemlich in's Gedränge; allein man weiß sich zu helfen. vgl. Berner S. 421. s. dag. Bair. Strafger. II. 306—312. Am bestimmtesten wird die stillschw. Uebereinkunft der ausdrücklichen gleichgestellt im sächs., braunschw. u. thüring. GB. Anders der sächs. Entw.

3) Kleinschrod I. §. 180. Henke I. 275. Tittmann I. §. 103. v. Schirach im N. Arch. I. 517. 518. Stübel Thatbest. §. 61. Note. Bauer Abh. I. 442. Ziegler S. 8. Mittermaier n. 5. z. F. §. 47.

4) Böhmer med. ad art. 148. §. 1. Leyser Sp. 536. med. 15. 16. Quistorp §. 54. Klein n. †† hiezu. Martin §. 76. Heffter §. 86. n. 2. Luden a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 305. 306. N. Rev. u. Berner a. a. O. vgl. Luden Hdb. I. 477. Nach preuß. GB. §. 63 ist ein stillschweig. (Hochverraths-)Komplott nicht anzunehmen. Goldtammer II. 35. 36. Es können aber die Bestimmungen über das Komplott beim Hochverrath überhaupt nicht als maßgebend betrachtet werden, was bei der Ignorirung des Komplotts im allg. Theile doppelt herauszuheben ist.

5) Aus der abſtrakten Gleichheit, welche durch die das Komplott charakteriſirende Willenseinheit geſetzt wird, können [1]) ſich Einzelne durch erhöhte intellektuelle oder phyſiſche Thätigkeit hervorheben, — als Anſtifter der Verbindung überhaupt oder einzelner größerer Gruppen einer weiter verzweigten Verſchwörung [2]) — als Rädelsführer (Angeber eines beſtimmten Plans), — oder als Anführer (Leiter der phyſiſchen Ausführung) [3]). Dies iſt denn auch in den neueren Geſetzgebungen, ſoweit ſie das Komplott als eigene Form aufnehmen, in freilich im Einzelnen mannigfach abweichender Weiſe bei der Frage über die Strafzumeſſung anerkannt [4]).

6) Der Begriff des Komplotts iſt nach zweifacher Seite hin einzuſchränken, a) dahin, daß er überall nicht oder mindeſtens nicht mehr beſonders zur Anwendung kommt, wo das Verbrechen ſeiner Natur nach eine Mehrheit von thätigen Perſonen (Ehebruch, Bigamie, Duell ꝛc.) oder eine komplottartige Verbindung (Aufruhr ꝛc.) in ſich ſchließt. §. 89. Anm. 2 [5]), b) dahin, daß er außer Anwendung bleiben muß, wenn Mehrere im Affekt zuſammenhandeln. ſ. §. 103. Anm. 2. a. E. Nur muß freilich der Begriff des Affekts hier ſtrenger feſtgehalten werden, als es oft genug in der Praxis geſchieht [6]).

7) Was nun das Prinzip für die rechtliche Behandlung des Komplotts betrifft, ſo ſtehen ſich in der neueren [7]) Doktrin zunächſt zwei Anſichten diametral

---

1) Nach Berner ſoll dies ſogar abſtrakt nothwendig, ja die Annahme des Gegentheils lächerlich ſein. S. 393. 400. 427. 455 (auch wird hier eine andere Terminologie angeſonnen). Eine andre Bedeutung von Rädelsführer ſ. Pr. LR. §. 65. 68. Klein z. Quiſtorp §. 59.

2) Auf den Begriff einer eidlich bekräftigten Verſchwörung legte man früherhin ein höchſt unnöthiges Gewicht. Stelzer Krit. d. v. Eggers'ſchen Entw. S. 63. Tittmann I. §. 103. not. w. v. Schirach N. Arch. I. 516. Berner S. 406—412 (mit Exkurs gegen die Mucker).

3) Die höhere Strafbarkeit dieſer Perſonen, wo ſich ſolche hervorheben, wird mit Recht von Vielen ſtatuirt, meiſt jedoch ohne poſitivrechtlichen Beweis. ſ z. B. Feuerbach Kritik d. Kleinſchr. Entw. II. 138. Lb. §. 113. Roßhirt Entw. S. 268 (?). Heffter §. 86. Marezoll S. 190. Bauer Lb. §. 87. Abegg S. 116. 117. Stelzer Krit. d. v. Eggers'ſchen Entw. S. 65. Cucumus N. Arch. XIV. 11—14. Auch ſind in der That die aus dem poſitiven gemeinen Recht angezogenen Stellen von prekärem Werth, — ſ. z. B. l. 16 D. de appell. (49. 1). l. 38 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 2 C. de seditiosis (9. 30). — RA. 1526. §. 8. P.G.O. Art. 127. vgl. Ziegler S. 31. 35. Martin §. 76. n. 11—13.

4) Preuß. LR. §. 65. 68. Bair. GB. Art. 51. Wirt. Art. 79. Hannövr. Art. 58. Heſſ. Art. 75. Bad. §. 125—133. vgl. Kurheſſ. Entw. §. 110. (Sächſ. GB. Art. 83. Thüring. Art. 31. 79. Preuß. §. 63.)

5) Henke I. 278. n. 23. Bauer Abh. I. 441. Breidenbach I. 2. S. 309—311 (nicht genau genug). N. Rev. S. 585. n. 3.

6) N. Rev. S. 571. 572. Meine Schrift: Auerswald ꝛc. S. 63. Note. ſ. auch Roßhirt Entw. S. 266. 271—275. vgl. übr. ſchon das freilich im Ausdruck naive Wiener Stadtr. 1221. c. 29 (Gaupp II. 245).

7) Schon die Italiener waren getheilter Meinung, wiewohl die comm. opinio dafür war, bei der Ausführung des Komplotts auch nur durch Einen oder Einige allen Komplottanten die poena ord. aufzulegen. ſ. Farin. qu. 96. n. 18. 72. 73. Dagegen forderte Carpzov bereits poſitive Thätigkeit, mindeſtens Gegenwart bei der Ausführung (vgl. Berlich IV. concl. 11. n. 52). Andere wollten ſogar auch hier nur den phyſiſchen Urheber des Erfolgs mit der poena ord. belegt wiſſen, z. B. Mod. Pistor. Cons. II, 30. qu. 3. n. 44. sq. 69. Viele behaupteten, die Vermuthung

gegenüber. Grolman (§. 34) erklärt jeden Theilnehmer an der Verabredung eo ipso (ohne alle phyſiſche Wirkſamkeit, ſ. die ſcharfſinnige Bemerkung not. b.) des ausgeführten Verbrechens ſchuldig, ohne eine beſtimmte Formel zu gebrauchen [1]). Feuerbach lieferte dieſe, indem er zugleich den Satz dem Prinzip der objektiven Kauſalität gemäß weſentlich beſchränkte. Er behauptete nämlich, jeder Mitverbündete, in Anſehung deſſen die Erwartung der Uebrigen bis zu vollendeter That fortgedauert habe, ſei als intellektueller Urheber des vollendeten Verbrechens zu betrachten, wenn er auch an deſſen Ausführung ſonſt keinen thätigen Antheil genommen habe [2]). Damit war denn ein ſehr richtiger und folgenreicher Gedanke ausgeſprochen, zugleich aber das Prinzip der objektiven Kauſalität in ſolcher Weiſe anerkannt, daß die Regel gleichwohl faſt für alle Fälle praktiſch unwirkſam wurde, wo ein Theilnehmer nicht mindeſtens bei der Ausführung gegenwärtig iſt [3]). Bei der zweideutigen Weiſe, in der hier das ſubjektive und objektive Moment gemengt erſchien, war es kein Wunder, wenn bei der weit vorherrſchenden Beachtung des letzteren das erſtere mehr und mehr an Boden verlor [4]), bis endlich geradezu das Moment der intellektuellen Urheberſchaft über Bord geworfen und der Begriff des Komplotts ſo gut als ganz aufgelöst wurde [5]). Richtig iſt nun allerdings, daß die reine Anwendung des Begriffs der intellektuellen Urheberſchaft auf das Komplott der Natur der Sache widerſpricht und das Verhältniß des Komplottſtifters zu den gemeinen Komplottanten in Verwirrung bringt [6]). Vielmehr liegt im Komplott als ſolchem eine wechſelſeitige Anſtiftung und es iſt daher jeder Komplottant als Anſtifter eines oder mehrerer alias facturi zu betrachten [7]). Hiernach und zugleich darnach, ob

---

ſpreche gegen das Komplott, Berlich l. c. n. 54. (vgl. jed. Farin. qu. 96. n. 75. 76. u. beſ. Clar. ib. cit.), und „gar keiner könne geſtraft werden, si universitas homicidium perpetravit," ſ. Berlich n. 59 u. die dort Citt. Ueber die fernere Entwicklung der Deutſchen Doktrin ſ. §. 104. Anm. 2.

1) Den praktiſchen Unterſchied, ob die Paſſivität im Plan lag oder nicht, hat Grolman ganz richtig angedeutet.

2) Lb. §. 47. vgl. Cucumus N. Arch. XIV. 1—3. Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. 318. Tittmann N. Arch. II. 376. Jenull I. 177. 178. Kitka S. 132.

3) War freilich die Abhaltung von dieſer Gegenwart eine unfreiwillige, ſo kann auch nach Feuerbach noch die Regel Platz greifen. Seine Entſcheidung iſt überhaupt nach einer Seite hin richtig, d. h. hinſichtlich der aus erklärter oder nicht erklärter Reue paſſiv Gebliebenen. Allein dieſer Geſichtspunkt erſchöpft das Verhältniß lange nicht, und durch die Forderung, daß die Erwartung des Beiſtands müſſe erhalten geblieben ſein, wurde das an die Spitze geſtellte Prinzip der intellektuellen Urheberſchaft verfälſcht.

4) ſ. §. 104. Anm. 2. vgl. beſ. Kleinſchrod N. Arch. IV. 329 f. Roßhirt Entw. S. 266 f. (ſ. jedoch merkwürdige Lichtblicke S. 269). Bauer Abh. I. 443. Casse de auct. del. int. §. 14. Marezoll S. 189. 190. Hefftter §. 86. n. 3.

5) Stübel Theilnahme §. 23—25. 46. Abegg S. 116. 117. N. Arch. 1841. S. 416. 417. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 165 f. 553 f. u. n. 1. 3 z. F. §. 47. Einen andern Sinn hat die Polemik von Ziegler S. 10. not. 1. Breidenbach I. 2. S. 299—301.

6) N. Rev. S. 578. 579 (wo jedoch die Anſicht von Grolman ungenau dargeſtellt iſt). vgl. Ziegler u. Breidenbach a. a. O.

7) N. Rev. S. 578 u. jetzt auch Berner S. 426. 440. 441, wo die N. Rev. ohne Grund getadelt wird. Im Weſentlichen dieſelbe Auffaſſung liegt bei Brei-

bei ausgeführtem Verbrechen der einzelne als thätig oder unthätig zu betrachten ist, richtet sich seine Strafbarkeit als Miturheber der Vollendung oder eines bloßen Versuchs.

§. 106.

Wird das verabredete Verbrechen infolge der Verabredung ausgeführt, so sind als Miturheber des vollendeten Verbrechens alle diejenigen zu behandeln, welche als wirksame Komplottanten anzusehen sind, d. h. alle diejenigen, welche plangemäß irgendwie thätig geworden oder plangemäß unthätig geblieben sind. Den gegen die Verabredung unthätig Gebliebenen (von der Ausführung ganz Weggebliebenen) ist das ausgeführte Verbrechen mindestens als versucht zuzurechnen, falls ihnen nicht der Grundsatz von der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs zu statten kommt (s. unt.). Dagegen bleibt der Anstifter des ganzen Komplotts auch dann, wenn er wider die Abrede unthätig blieb, für das vollendete Verbrechen verantwortlich, weil auf ihn als solchen der vorhin für die gemeinen Komplottanten angegebene Unterschied keine Anwendung leidet. Indessen ist die gleiche Strafbarkeit der als Miturheber des vollendeten Verbrechens zu behandelnden Komplottanten nur als Maßbestimmung anzusehen, innerhalb welcher den Einzelnen nach der Größe ihrer subjektiven und objektiven Verschuldung die relativbestimmte Strafe verschieden zugemessen werden kann und muß, sowie auch Anstifter, Rädelsführer und Anführer innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens mit höherer Strafe zu belegen sind, als gemeine Komplottanten. Ist die Ausführung des im Komplott beschlossenen Verbrechens durch Zufall vereitelt worden, so sind sämmtliche Theilnehmer wegen entfernten Versuchs zu strafen. N. Rev. §. 150.

1) Die hier über die als wirksam und als nicht wirksam zu behandelnden Komplottanten gegebene genauere Bestimmung (vgl. §. 105. Anm. 2. a. E.) war in der N. Rev. zu vermiſſen; ebenso aber freilich bei den meisten übrigen Bearbeitern der Lehre, welche die nichtwirksamen Komplottanten ohne Rücksicht auf den Grund ihrer Passivität gleich behandeln und wegen Versuch oder Beihilfe (unter Umständen auch wohl gar nicht) bestraft wissen wollen [1]). Auch die

---

benbach a. a. O. vor, obwohl er wiederholt dagegen kämpft. s. auch Goldtammer II. 37. 38, der aber gerade das punctum saliens nicht trifft.

1) s. z. B. Stübel Thatbest. §. 62. Quistorp §. 54. Tittmann I. §. 103. Henke I. 276. v. Schirach N. Arch. I. 531. Kleinschrod eb. IV. 331—342. Hefftter §. 86. n. 5. Bauer Abh. I. 447. Ziegler S. 68. Kitka S. 134 f. Zachariä Versuch I. §. 37. s. dag. schon Grolman §. 34. not. b. Roßhirt Entw. S. 269—271. Cucumus im N. Arch. XIV. 6—9. Schwarze N. Arch. 1843. Beil.H. S. 52. Berner S. 426. 467. Zu weit nach der entgegengesetzten Seite geht Breidenbach I, 2. S. 301. s. dag. auch Goldtammer II. 36—40, der jedoch ohne festes Prinzip argumentirt u. die Gründe des passiven Verhaltens nicht hinreichend unterscheidet.

neueren Gesetzgebungen machen den erforderlichen Unterschied nicht. Das bair. GB. drückt einfach die Feuerbachische Ansicht aus [1]). Das hannövr. (Art. 60), abgesehen von der ungeschickten Fassung des Begriffs der Nichtwirksamen, wirft die beiden Fälle der Unthätigkeit ebenso zusammen, wie das wirtemb. (Art. 79. 81), hess. (Art. 77) und bad. (§. 129), stellt aber überdies auch den Fall hierher, wenn ein Nichtwirksamer seinen Rücktritt vor der Ausführung deutlich zu erkennen gegeben hat [2]). Dagegen ist diesen Gbüchern kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie den fraglichen Satz auch auf den Fall anwenden, wenn ein Theilnehmer durch Zufall von der Leistung eines Beistandes oder Gegenwart bei der Ausführung abgehalten wurde [3]). Was der §. in dieser Beziehung vom Anstifter sagt, ist in den neuen Gbüchern richtig anerkannt. (Auch hier ist jedoch das bair. auszunehmen [4]).

2) Der Eintritt der Strafbarkeit aller Komplottanten als Miturheber setzt voraus, daß infolge eines ausdrücklich verabredeten oder stillschweigend mitgetheilten Plans das Verbrechen vollführt worden sei [5]).

3) Daß die gleiche Strafbarkeit aller wirksamen Komplottanten nicht absolut [6]), sondern nur in dem o. a. Sinne zu nehmen sei, ist in allen vorangef. neuen Gbüchern ausgesprochen [7]). Ebenso, was der §. über die höhere Strafbarkeit der Anstifter, Rädelsführer u. Anführer sagt (§. 105. Anm. 5).

4) Die Vollführung des Verbrechens kann beim bloßen Versuche stehen geblieben sein. Ist nun dies ein beendigter, so sind die (im rechtl. Sinn) wirksamen Komplottanten, sowie der Anstifter immer, wenn er auch unthätig blieb, wegen beendigten Versuchs zu strafen, die nicht wirksamen Komplottanten dagegen wiederum geringer. Ebenso, wenn nur ein nichtbeendigter Versuch vorliegt, erstere wegen dieses, letztere dagegen abermals geringer, übrigens immer höher,

---

1) es sieht bloß darauf, ob ein Theilnehmer die Andern bis zur Vollführung der That in der Erwartung seiner Mitwirkung gelassen (resp. diese Erwartung erfüllt) hat oder nicht. Art. 50. 53.

2) Leonhardt I. 265—269. Ueberdies ordnet es die Strafe des nicht beend. Versuchs an, während die übrigen Gbücher die des beendigten festsetzen.

3) A. M. Breidenbach I. 2. S. 324. Treffend ist hingegen die von ihm weiter gemachte Bemerkung (S. 324. 325). Das sächs. GB. Art. 37, das braunschw. §. 45, das thüring. Art. 35. nr. 1. nehmen beim nichtwirksamen Komplottanten (ohne den im §. gemachten Unterschied) ungleiche Theilnahme an.

4) weil es das Komplott überhaupt (auch bei gemeinen Theilnehmern) auf den Begriff der Anstiftung basirt. Eigenthümliche Unterscheidungen macht ohne Noth der neue sächs. Entw. Art. 56. 58 (der Satz 1 dieses Art. ist offenbar ungerecht).

5) Dadurch erledigt sich von selbst, was Berner S. 414 als ein besondres Ergebniß seiner Behandlung beibringt (s. auch S. 421).

6) Dies behaupten freilich Manche, so v. Schirach N. Arch. I. 524. dag. s. Kitka S. 132. 133. Tausch Rechtsfälle S. 121 f. Berner S. 458 f.

7) Wenn Leonhardt I. 264. 265 noch weiter geht u. selbst über die Strafrahmen auf- oder abzusteigen gestattet, so läßt sich dies nach dem GB. nicht wohl rechtfertigen. Anders verhält es sich dagegen allerdings nach dem bad. GB. §. 127. u. in eigenthümlicher Modifikation nach dem hess. Art. 80. Breidenbach I. 2. S. 337—341. vgl. sächs. GB. Art. 41. Weiß S. 173. 200 f. braunschw. §. 54. thüring. Art. 31. Eigenthümliche Abstufungen nach dem Grade der Mitwirkung macht das braunschw. GB. §. 43—45. Das wadtl. Art. 47 straft die Komplottanten als auteurs oder complices, je nachdem ihre Theilnahme an Beschluß oder Ausführung prinzipal oder accessorisch war.

als die bloße Eingehung des Komplotts [1]). — Ob nun freilich die bloße Eingehung für strafbar erklärt werden dürfe, ist bestritten [2]). Auf dem französischen Standpunkte, den die neuere Gesetzgebung in der Frage über den Versuch angenommen hat, erscheint allerdings die Bestrafung der bloßen Eingehung des Komplotts höchstens unter dem Gesichtspunkt einer ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlung [3]) gerechtfertigt [4]). Gleichwohl setzen die neuen Gbücher meist die Strafe (mindestens) des nichtbeendigten Versuchs an [5]). Nach althergebrachter deutscher Rechtsansicht ist betr. Falls entfernter Versuch anzunehmen.

5) Auch durch Beitritt zu einer von Andern geschlossenen Verabredung kann man noch Komplottant werden, falls man nur den animus eines Urhebers hat [6]). Hätten aber die Uebrigen bereits zu handeln angefangen und bereits einen Erfolg hervorgebracht, so ist dieser dem nun erst Hinzutretenden nur dann zuzurechnen, wenn — und nur soweit, als er die nothwendige Voraussetzung des nunmehr noch zu Verübenden bildet [7]).

§. 107.

Auch beim Komplott kann es leicht vorkommen, daß statt des verabredeten Verbrechens ein andres oder ein geringeres oder größeres, oder neben dem verabredeten — sei es als Mittel oder Folge — noch ein weiteres verübt wird. Solchenfalls versteht sich die Behandlung der Exzedenten von selbst. Dagegen müssen für alle übrigen Theilnehmer (für den Anstifter, wie für thätige oder unthätige Komplottanten), welche bei dem Exzeß nicht aktiv betheiligt

---

1) Hufnagel I. 169. 170. Breidenbach I. 2. S. 311. 325. Leonhardt I. 267. 268 (das hannövr. GB. droht im Art. 59 ebenso die Strafe des nichtbeend. Versuchs, wie in Art. 60, 2). Thilo S. 151.

2) Die Italiener bejahten die Frage wenigstens beim crim. maj. Farin. qu. 112. n. 144. 145. qu. 113. n. 104—116. qu. 116. n. 148 (abweichend Foller. ib. n. 149, nur modifizirend Boss. ib. n. 150), meistens aber überhaupt für crimina atrocia, wie homicidium ꝛc. ib. qu. 124. n. 48. 49. Unbedingt bejaht wurde sie von Kleinschrod I. §. 179. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. Henke I. 276 (?). Bauer Abh. I. 445. 446 ꝛc., schwankend von Marezoll S. 190. n. 1. A. M. dag. Mittermaier Neuester Zustand S. 150. u. n. 6 z. F. §. 47. Cucumus N. Arch. XIV. 9—11. Berner S. 414—419. s. dag. auch Walther S. 51. 52.

3) Cucumus u. nach ihm Berner verlangen Verweisung in das Polizeistrafgesetz. Mittermaier scheint gänzliche Straflosigkeit zu wollen.

4) so im Wirt. GB. Art. 80 (vgl. d. Motive). s. jed. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 15.

5) Bair. GB. Art. 52 (?). (vgl. Anm. I. 170). Hannövr. Art. 59. Hess. Art. 76. Bad. §. 128. vgl. Oestr. GB. §. 9 u. Hye S. 256 (?). Sächs. GB. Art. 30 (neuer Entw. Art. 57). Thüring. Art. 28. Braunschw. §. 37. Preuß. §. 63. Bair. Entw. Art. 96.

6) Wirt. Motive S. 87. Hufnagel I. 162. III. 97. Hannövr. GB. Art. 57 (vgl. übr. Leonhardt I. 258—260). Breidenbach I. 2. S. 306. Sächs. Entw. Art. 49, 1.

7) vgl. den von Temme mitgetheilten Fall in der krim. Zeitung für Preuß. Jahrg. II. nr. 14. S. 109 ff. u. dazu Hufnagel III. 97. Berner S. 428—440. Keine der gegebenen Entscheidungen ist ganz richtig. s. auch Hefftter §. 78. n. 2. (?)

ſind, lediglich die im §. 100 c) aufgeſtellten Grundſätze zur Anwendung kommen.

1) Dieſe Frage findet ſich in der neueren Doktrin theils ignorirt, theils mindeſtens ungenügend beantwortet (vgl. §. 100. Anm. 4), ſofern nur einzelne Punkte aufgegriffen oder allzu abſtrakte Unterſchiede aufgeſtellt werden [1]).

2) Noch weit unglücklicher erſcheinen meiſt die Verſuche, welche die neueren Geſetzgebungen zu ihrer Löſung gemacht haben (§. 100. Anm. 5). Am wenigſten Bedenken erregt der Art. 82 des Wirt. GBs., der aber doch auch ſehr unvollſtändig und nur theilweiſe richtig, resp. unbeſtimmt iſt [2]). Das bair. GB. läßt die Frage ungelöst [3]). Das hannövriſche (Art. 62) beantwortet ſie ebenſo ungenügend und unrichtig, als inkonſequent, und theilweiſe ſogar unerklärlich [4]). Das bad. GB. §. 133 beſchränkt ſich bei dieſer Frage, wie beim excessus mandatarii, auf den ſchwereren Erfolg und die Möglichkeit der Zurechnung zur culpa [5]).

§. 108.

Der Grundſatz der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs (§. 84. Anm. 3) kann beim Komplott nur ebenſo auf modifizirte Weiſe in Anwendung kommen, wie im Falle des §. 101. Von ſelbſt verſteht ſich dies von dem Anſtifter des ganzen Komplotts. Es muß aber auch für die gemeinen Komplottanten gelten, weil die rechtliche Natur des Komplotts überhaupt auf dem Begriff der wechſelſeitigen Anſtiftung beruht (§. 104). Da jedoch eben hiernach der gemeine Komplottant nur als Anſtifter eines für ſich Entſchloſſenen erſcheint (ſ. §. 105. Anm. 7), ſo müſſen die gemeinen Theilnehmer durch einfach erklärten Rücktritt ſtraflos werden, was der Komplottſtifter im gleichen Fall nicht wird. Gänzliche Strafloſigkeit für Alle muß eintreten, wenn ſie alle zuſammen das Komplott freiwillig wieder aufgelöst haben. Gelingt es dagegen dem Anſtifter nicht, die

---

1) ſ. z. B. Tittmann I. §. 103. not. h. i. Quiſtorp §. 54. not. f. u. Klein not. ††. Carrach rechtl. Urth. u. Gutachten n. 14. Cucumus im N. Arch. XIV. 14—17. Bauer Abh. I. 448. 449. Ziegler S. 74—76 (durcheinander). Breidenbach I, 2. S. 335. 336. Berner S. 471—473. Doch iſt hier die richtige Bemerkung beigefügt, daß die Thätigkeit, ſoweit ſie ſich nicht auf die Verabredung zurückführen laſſe, nicht ſelten auf zufällige Miturheberſchaft werde zurückgeführt werden können.

2) Nicht richtig aufgefaßt bei Breidenbach S. 336. n. 2. Das Geſ. 13. Aug. 1849 geſtattet den Wirt. Gerichten, der richtigen Anſicht zu folgen, d. h. die allgemeinen Grundſätze über dolus, culpa ꝛc. anzuwenden; ebenſo das heſſ. Gb.

3) Ungerechte und ungenügende Entſcheidungen gaben dagegen die Anm. u. — wieder in andrer Weiſe — der Entw. Art. 44. vgl. die gute Ausführung von Arnold N. Arch. 1844. S. 190—195.

4) vgl. Leonhardt I. 273—277 mit Bauer Anm. I. 494 (?).

5) Ueber das öſtr. u. preuß. GB. gilt das §. 100. Anm. 5 Bemerkte; vgl. Hye S. 260—263. Ueber das ſächſ. GB. Art. 35., braunſchw. §. 52., thüring. Art. 32. ſ. gleichfalls oben.

Uebrigen hiezu wirklich zu bewegen, ſo muß er wenigſtens dann ſtraflos ausgehen, wenn er rechtzeitige Anzeige bei der Obrigkeit macht. Unterläßt er dies, indem er bloß ſeinen Rücktritt erklärt, resp. die Uebrigen abmahnt, ſo bleibt er, wenn das Verbrechen zur Ausführung kam, ſtets noch wegen näheren oder entfernteren Verſuchs verantwortlich. N. Rev. §. 151.

1) Wie im Falle des §. 101, ſo ſind auch hier die Anſichten ſehr verſchieden. Nach der älteren Anſicht, die auch beim Komplott an dem abſtrakten Prinzip der objektiven Kauſalität hieng, ſcheint man auf den Rücktritt gar keine Rückſicht genommen zu haben, — es wäre denn etwa dem Rücktretenden gelungen, das ganze Komplott aufzulöſen. Wenn nämlich das Verbrechen durch die Andern zur Ausführung kam, ſo dachte man ſich unter den Urſachen immer noch den Willen des Abgetretenen mitenthalten, weil er doch einmal zur Begehung im Komplott mitgewirkt habe [1]), — wiewohl man ebenſowohl ſagen konnte, durch die trotz ſeines Austritts erfolgte Ausführung habe ſich ergeben, daß ſein Wille ein ganz unwirkſamer Faktor geweſen, daher die Ausführung als aus einem neuen ohne ihn geſchloſſenen Komplott hervorgegangen anzuſehen ſei [2]). Nach Feuerbachs Auffaſſung kommt im Ganzen daſſelbe Reſultat heraus, da er jeden Komplottanten als Anſtifter betrachtet, mithin jedenfalls für jeden wenigſtens ſtrengere Bedingungen hinſichtlich der Strafloſigkeit des Rücktritts ſetzen muß. Dies iſt aber unrichtig, da der Anſtifter des Komplotts durchaus von den gemeinen Komplottanten unterſchieden werden muß [3]). Bei den letzteren handelt es ſich nur von wechſelſeitiger Anſtiftung, die an ſich nur für Verſuch verantwortlich macht, weil zugleich jeder als alias facturus erſcheint. Wenn daher von dieſen einer ſeinen Rücktritt förmlich erklärt, ſo hat er den Grundſatz der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs vollkommen für ſich, während daſſelbe von dem Anſtifter des ganzen Komplotts nicht geſagt werden kann [4]).

---

1) Daher wenigſtens Verſuchsſtrafe. ſ. z. B. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1. Stübel Thatbeſt. §. 62. 63. Tittmann I. §. 103. Kleinſchrod I. §. 179. v. Schirach N. Arch. I. 531. 532. Cucumus eb. XIV. 11—14. 17—19.

2) ſ. ſchon Böhmer l. c., auch v. Schirach a. a. O., beſ. aber Kleinſchrod N. Arch. IV. 333 ff., der daraus die Strafloſigkeit des aus Reue Zurücktretenden ableitet, und zwar ſelbſt ohne ausdrückliche Erklärung des Rücktritts (vgl. auch das Urtheil bei Biener ad Püttmann §. 371. n. 40), freilich ſehr willkührlich, da daſſelbe von allen nicht wirkſamen Komplottanten gelten müßte. Ebenſo aber Jenull I. 177. 178. n. i. und wörtlich hiernach Kitka S. 134. 135, der S. 136. 137 dann noch weiter geht, d. h. ſelbſt den am Ort der That Erſchienenen noch ſtraflos werden läßt, wenn er ſich vor Beginn des Akts noch anders beſinnt (ohne es zu ſagen) und weggeht, resp. ſogar — als neugieriger Zuſchauer dableibt (!). vgl. Knapp Erört. z. Wirt. Entw. I. 80. III. 49 f. Roßhirt Entw. S. 271. n. 1.

3) ſ. auch Kitka S. 134. n. ***. Cucumus a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 330. Ungenau Ziegler S. 69—72.

4) Hätte Breidenbach den Nerv des Verhältniſſes erkannt, ſo würde er, da er im Reſultate weſentlich übereinſtimmt, die wiederholten Ausfälle gegen das Prinzip der wechſelſeitigen Anſtiftung unterlaſſen haben. Dagegen erkennt Berner dieſes Prinzip an, aber nur um es in der Anwendung gänzlich zu mißverſtehen. Denn, von dem Irrthum ausgehend, daß auch die Anſtiftung eines Fürſichentſchloſſenen volle Anſtiftung ſei, verliert er natürlich allen rechtlichen Boden, wo es gilt, die Komplottſtiftung

Es iſt aber eine ſolche förmliche Erklärung durchaus nöthig, weil ohne dieſe der Wille des betr. Individuums noch immer relativ (wie bei jedem Anſtifter eines alias facturus) als in den Uebrigen fortwirkend gelten müßte. Auch muß die Erklärung vor dem Beginne der Ausführung geſchehen ſein, da nur ſo weit noch res integra (d. h. die Bedingung für die Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs) vorhanden iſt. Bloßes Abmahnen der Genoſſen, Warnung des Bedrohten, Drohung mit Denunziation ꝛc. kann die förmliche Erklärung des Rücktritts zwar in ihrer Ernſtlichkeit beſtätigen, aber nicht erſetzen (wie dies neuere Gbücher aufgeſtellt haben) [1]). Die Erklärung des Rücktritts iſt weſentliche Bedingung der Strafloſigkeit für die nichtwirkſamen Komplottanten namentlich auch in dem Fall, wenn die phyſiſch wirkſamen die Ausführung begonnen, aber den Verſuch freiwillig wieder aufgegeben haben [2]).

2) Die Beſtimmungen der neueren Geſetzbücher über die fraglichen Fälle ſind theilweiſe ſehr abweichend. Nur in dem Einen Punkte ſtimmen (außer dem ſächſ. u. preuß. ?) alle überein, daß ein freiwillig aufgegebenes Komplott für alle Theilnehmer ſtraflos iſt [3]). Die weiter möglichen Fälle ſind dagegen meiſt nur unvollſtändig [4]) und mehrentheils nicht richtig entſchieden. Namentlich iſt theilweiſe der tiefgreifende Unterſchied zwiſchen dem Anſtifter und den gemeinen Komplottanten ignorirt. So z. B. erklärt das Bair. GB. Art. 53. beide nur dann für ſtraflos, wenn ſie rechtzeitig denunzirt haben [5]), unterſcheidet ſie aber doch wieder im Satz 2. Ebenſo im Weſentlichen das Hannövr. Art. 61. j. 60 [6]). Das Wirt., Heſſiſche, Braunſchw. u. Bad. GB. dagegen

---

von der wechſelſeitigen Anſtiftung der gemeinen Theilnehmer realiter zu unterſcheiden. S. 474—480. Abgeſehen von dem politiſchen Motive, dem er den meiſten Raum giebt, iſt ſeine Entſcheidung vor Allem aus dem angef. Grunde fehlerhaft, aber auch außerdem deshalb, weil er (nach dem Vorgang von Kleinſchrod, Kitka u. A.) auch noch bei den im Beginne der Ausführung gegenwärtigen Komplottanten (ja ſogar beim Komplottſtifter!) die Möglichkeit eines bloßen Verſuch involvirenden Rücktritts geſtattet, und andrerſeits den vor der Ausführung ausdrücklich ausgeſchiedenen gemeinen Komplottanten noch wegen Theilnahme am Komplott (was doch vorher für nicht kriminell erklärt iſt!) und Nichtanzeige beſtraft haben will! Aehnlich Goldtammer II. 41. 42 (jedoch, wie es ſcheint, eben nur für den Fall des Hochverraths).

1) vgl. auch Cucumus a. a. O. S. 17—19.

2) Dieſer Punkt wird gewöhnlich überſehen. ſ. aber Wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1. Der Anſtifter bleibt hier (vgl. §. 100. b)) trotz einer ſolchen Erklärung ſtrafbar, jedoch nur in geringſtem Maß, da ihm nur ein entfernter Verſuch mit untauglichen Mitteln zur Laſt fällt; ebenſo, wenn die Ausführung überall durch Zufall hintertrieben wird. A. M. Zachariä Verſuch II. §. 268. Leonhardt I. 270. u. v. Bothmer Erört. II. 156.

3) Indirekt Bair. GB. Art. 52. Direkt Wirt. Art. 80. Hannövr. Art. 59. Braunſchw. §. 69, 1. 2. Heſſ. Art. 76. Bad. §. 128. Thüring. Art. 28, 2. vgl. übr. Hufnagel III. 98. 99. 256. Anders der ſächſ. Entw. Art. 58, 1 (!?).

4) ſ. Anm. 1. a. E. u. Hufnagel III. 253. Not. 661 unt. (?) j. I. 172. Note. Das ſächſ. GB. berückſichtigt den freiw. Rücktritt allein für ſich gar nicht. Art. 37. j. 85. 116.

5) vgl. Gans Beleucht. d. Hann. Entw. S. 183. Bauer Anm. II. 184. Breidenbach I. 2. S. 332. 333. Hepp N. Arch. 1849. S. 298—302. Hufnagel I. 172. Note.

6) Zur Strafloſigkeit fordert es bei beiden Denunziation oder vollſtändige Verhinderung (? Art. 59). Bei bloßer Erklärung des Rücktritts behandelt es den Anſtifter ſtrenger. vgl. Oldenb. GB. Art. 75.

halten jenen Unterschied durchweg fest [1]). Allein um so weniger gerechtfertigt erscheinen die Bestimmungen aller dieser Gbücher hinsichtlich der gemeinen Komplottanten [2]). Denn im Fall der Ausführung des Verbrechens soll ihnen der zuvor ausdrücklich erklärte Rücktritt nicht zur Straflosigkeit, sondern nur zu geringerer Strafe verhelfen, — und zwar unter den verschiedensten Titeln, nämlich bald unter dem der Beihilfe [3]), bald unter dem des Versuchs [4]), bald unter dem vagen eines bloßen Minderungsgrunds [5]). Indessen sichern doch das Wirt., Hess. und Bad. GB. dem gemeinen Komplottanten auch ohne Denunziation dann Straflosigkeit zu, wenn er nicht nur rechtzeitig seinen Rücktritt erklärt, sondern auch, so viel an ihm lag, die Genossen abgemahnt, resp. zur Verhinderung der Ausführung oder des Erfolgs gewirkt hat [6]). Hinsichtlich des Satzes, daß rechtzeitige [7]) Denunziation dem Anstifter, wie dem gemeinen Komplottanten Straflosigkeit erwirke, stimmen das Wirt., Braunschw. u. Hess. GB. mit dem Bair. u. Hannövr. überein [8]). Das Bad. GB. setzt dagegen diesfalls bei dem Anstifter mit Recht voraus, daß ihm vorherige Abmahnung der Genossen nicht gelungen oder ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei [9]). — Bestand ein Komplott nur aus zwei Personen, so gelten für den rücktretenden Anstifter nicht die Grundsätze des obigen, sondern die des §. 101, wenn die Ausführung infolge hievon unterblieben ist [10]).

---

1) Zu viel des Guten thut aber Breidenbach S. 330 ob. Ignorirt ist er wieder im sächs. Entw. vgl. dag. das sächs. GB. Art. 85. 116. das thüring. Art. 81.

2) N. Rev. S. 590. 591. vgl. Zachariä a. a. O. Bauer Abh. I. S. 446. Breidenbach S. 330. n. 2. A. M. Cucumus a. a. O. S. 6—8 (?) Berner S. 478.

3) Bair. GB. Art. 53. vgl. Bauer Abh. I. 447. Sächs. Entw. Art. 56.

4) Wirt. GB. Art. 81. Hess. Art. 78. Bad. §. 130. vgl. Braunschw. §. 51, doch wird hier der Anstifter u. Komplottant frei, wenn nach seinem Rücktritt das Verbrechen gleichwohl — aber nicht infolge seiner Anstiftung oder Zusage zu Stande kam.

5) Hannövr. GB. Art. 60. Dagegen läßt das thüring. GB. Art. 35. nr. 1. den Komplottanten (auch den Anstifter) bei freiwill. Rücktritt überhaupt straflos; — (nur wegen Nichthinderung kann er strafbar werden) vgl. aber Art. 79!

6) Wirt GB. Art. 81. Hess. Art. 78. Bad. §. 131. vgl. Mittermaier Neuster Zustand ꝛc. S. 152. n. 25. Cucumus a. a. O. S. 17—19. u. die (nicht ganz genaue) Ausführung bei Hufnagel III. 661. Nach dem sächs. Entw. nur, wenn infolge der positiven Abmahnung das Verbrechen wirklich unterblieben ist (Anstifter wie gem. Komplottanten!).

7) Hierüber ist in Hannover Streit. s. v. Bothmer Erört. II. 157. 158. Dag. Leonhardt I. 271.

8) Wirt. Art. 83. Braunschw. §. 69, 3. Hess. Art. 79. In Wirt. hatten die Stände sehr, doch ohne Erfolg, gegen die Einführung der agents provocateurs sich gestemmt. vgl. Mittermaier n. 7. z. F. §. 47. Hufnagel I. 171. Not. *. Sächs Entw. Art. 58, 2. (hier wird der Anstifter auch durch wirksame Abmahnung frei). Das sächs. GB. Art. 85. 116. u. das thüring. Art 81 lassen den Anstifter nur geringer bestrafen. Nach dem preuß. GB. §. 63 macht keine Art von Rücktritt ganz frei. Goltdammer II. 40—42. (?) s. §. 105. Anm. 5.

9) §. 131. 132. Das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 2. fordert zwar keine Denunziation, wohl aber Erklärung des Rücktritts und möglichste Abmahnung; — und zwar gleichmäßig für den Anstifter, wie für den gemeinen Komplottanten, welchenfalls sie straflos werden, auch wenn das Verbrechen gleichwohl zur Ausführung kam (!).

10) s. die Bemerkung (von Uhland) in den Wirt. Vhdl. Hufnagel I. 167. 168. vgl. III. 98. 662. In Hessen wird der Satz durch die falsche Fassung des Art. 72 unpraktisch. Breidenbach I. 2. S. 331. n. 3.

3) Bande.

§. 109.

Die Bande iſt die Vereinigung mehrerer Perſonen zur wiederholten Begehung gleichartiger oder verſchiedenartiger, zum Voraus noch nicht im Einzelnen beſtimmter Verbrechen, ſei es auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit. Sie bildet mithin (§. 102) eine Verbindung der beiden vorigen Formen der Miturheberſchaft, ſo jedoch, daß ſie dieſe in die Allgemeinheit des letzten Grundes ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit vertieft und damit eine ſpezifiſche Begehungsweiſe von Verbrechen wird. Die rechtliche Bedeutung der Miturheberſchaft beſteht nämlich weſentlich darin, daß durch die Einheit der Abſicht die Solidarität des phyſiſchen Benehmens vermittelt wird. Bei der zufälligen Miturheberſchaft ergreift dieſes Prinzip nur wirkliche phyſiſche, auf die Eine Abſicht bezügliche Akte, weil der Zufall hier noch das ſubjektive Moment begrenzend beſtimmt. Dagegen tritt es auf bewußte Weiſe ausgeſprochen im Komplott hervor, weshalb denn hier die phyſiſche Thätigkeit ihre primäre Bedeutung verliert und dieſe ganz auf die ſubjektive Seite übergeht. Bei der Bande erweitert ſich die Einheit der Abſicht zu der Einheit einer alle ihr entſprechenden beſondern Verbrechen umfaſſenden Generalabſicht, wobei jedoch für die Zurechnung ſich (abweichend vom Komplott) eine eigenthümliche Regel daraus ergiebt, daß es ſich hier ſtets um die Begehung im Einzelnen nicht vorher beſtimmter Verbrechen handelt. Die Vereinigung in eine Bande bildet die höchſte und ſtrafbarſte Stufe der Betheiligung am Verbrechen überhaupt, ſofern ſie eine dauernde Organiſation zur gewerbsmäßigen, bei jeder paſſenden Gelegenheit zu wiederholenden Begehung einer unbeſtimmten Mehrheit im Beſondern voraus nicht beſtimmter Verbrechen darſtellt [1]).

1) Die ſpezifiſch verbrecheriſche Eigenthümlichkeit der Bande im Gegenſatz zum Komplott liegt darin, daß das Komplott noch immer als ein verbrecheriſcher Einzelakt ſich darſtellt, während die Bande ein Ausdruck verbrecheriſcher Gewohnheit, der Abſicht gewerbsmäßiger Begehung von Verbrechen iſt, indem hier ein mit einer unbeſtimmten Mehrheit je bei eintreffender guten Gelegenheit zu begehender Verbrechen ſchwangerer Generalentſchluß vorliegt. Daher unterſcheidet ſich von der Bande weſentlich ein Komplott zu mehreren voraus beſtimmten und hiermit abgeſchloſſenen Verbrechen, ſowie ein Komplott zu Begehung eines fortgeſetzten Verbrechens [2]).

---

1) Tittmann I. §. 103. v. Schirach N. Arch. I. 518. 519. Tucumus eb. XIV. 20 f. Bauer Anm. I. 496—499. Abh. I. 449—453. Kitka S. 138. 139. Berner S. 482 ff.

2) vgl. auch Hufnagel StrafGb. m. Anm. S. 181. not. 3.

2) Wie die Doktrin, so hat auch die Gesetzgebung bis auf die neuere Zeit die spezifische Natur des Bandenwesens nicht aufgefaßt. Die P.G.O. enthält nichts darüber. Wenn dagegen der Ausdruck: Bande in späteren Gesetzen vorkommt, so zeigt sich zugleich, daß man zwischen Komplott und Bande noch keinen Unterschied zu markiren, sondern höchstens willkührlich streng durchzufahren wußte [1]). Erst neuere Gbücher haben die Vereinigung zur Bande neben dem Komplott als spezifische Form der Theilnahme hervorgehoben, nicht immer auf glückliche Weise [2]).

§. 110.

Die Strafbarkeit der Bande unterscheidet sich in Beziehung auf die einzelnen Theilnahmeverhältnisse wesentlich von der für das Komplott bestehenden Regel. Das im Komplott begangene Verbrechen ist jedesmal ein von allen Theilnehmern bestimmt gewußter und gewollter Einzelakt, daher die Strafbarkeit der Einzelnen nach einem bestimmten Typus abmeßbar. Dagegen fehlt es gerade an einem solchen bestimmten Typus bei der Bande. Wenn daher schon die Vereinigung zur Bande unzweifelhaft ebenso als entfernter Versuch für strafbar erklärt werden muß, wie die Eingehung des Komplotts, so läßt sich doch hiefür kein so bestimmter Maßstab festsetzen, sondern es muß ein Durchschnitt nach dem Umfang und der Art und Größe der in die Vereinigung aufgenommenen Verbrechen gemacht werden, wobei denn natürlich der Anstifter wieder relativ höher zu strafen ist, als die gemeinen Theilnehmer. Entwickeln sich aber sofort aus dem allgemeinen verbrecherischen Grunde einzelne bestimmte Verbrechen, so ist zuvörderst a) klar, daß eine direkte Mitverantwortlichkeit der Bandenmitglieder überall nur hinsichtlich solcher Verbrechen eintreten kann, welche in dem Programm der Vereinigung enthalten sind, wodurch bei etwaigen Exzessen die Mithaftung der bei dem Exzeß ursprünglich Nichtbetheiligten, namentlich des Anstifters, nach den allgemeinen Grundsätzen über dolus, luxuria, culpa und nach Analogie von §. 100. c) §. 107. nicht ausgeschlossen wird. Sind aber b) solche Verbrechen begangen worden, welche in den Umfang des Generalentschlusses gehören, so sind diese stets wieder als aus einem besondern Entschlusse hervorgegangen zu betrachten,

---

1) s. z. B. Cod. Maxim. I. c. 2. §. 20. Kursächs. Konstitutionen u. Mandate bei Stübel Thatbest. §. 66. Preuß. Cirk. VO. 26. Febr. 1799. §. 26. vgl. LR. II, 20. §. 1209—1217. (Uebrigens war in den preuß. Gesetzen das Moment der Gewerbsmäßigkeit ganz richtig signalisirt.)

2) Bair. GB. Art. 54—56. Hannövr. Art. 63—65. Hess. Art. 81. 82. — Code pén. art. 265—268. — Wirt. GB. Art. 185—188. Bad. §. 482. 483. — Sächs. GB. Art. 30. 163. 171. Thüring. Art. 28. 224. vgl. 152. 161. — Braunschw. §. 38. vgl. Breym. S. 199. 200. — Preuß. §. 218. nr. 8. 232. nr. 2. — Neuer sächs. Entw. Art. 57. — Bair. Entw. Art. 274. nr. 6.

aber aus einem Entſchluſſe, der ſeine Wurzel in dem urſprünglichen Generalentſchluſſe hat. Daraus folgt, daß ſie, ſeien ſie nun von Einzelnen oder von Mehreren ausgeführt, ſtets höher beſtraft werden müſſen, als wenn ſie verbrecheriſche Einzelakte wären. Es folgt aber zugleich, daß, wenn ſolchenfalls Mehrere zuſammen thätig werden, niemals mehr die Grundſätze über zufällige Miturheberſchaft, Beihilfe, Begünſtigung ꝛc., ſondern nur die Grundſätze über das Komplott zur Anwendung kommen können. Eben aber weil die einzelnen Verbrechen zwar als mittelbare Ausflüſſe des Generalentſchluſſes, ebenſowohl aber als Erzeugniſſe eines beſonderen Entſchluſſes anzuſehen ſind, ſo können c) die bei einem ſolchen beſondern Entſchluſſe und ſeiner Ausführung nicht betheiligten Mitglieder für dieſe keineswegs in dem Maße verantwortlich gemacht werden, wie unthätig gebliebene Mitbeſchließer eines beſtimmten Verbrechens. Andrerſeits können ſie jedoch infolge des Generalentſchluſſes auch nicht ohne Verantwortlichkeit bleiben. Es iſt daher auch hier eine Verſuchsſtrafe anzuſetzen, deren Maß aus dem Programm der Bande durchſchnittlich zu nehmen iſt. Hievon tritt eine Abweichung nur bei dem Oberhaupte der Bande ein, welches alle infolge ſeines Auftrags verübten beſondern Verbrechen, auch wenn es unthätig blieb, als Urheber zu verantworten hat [1]).

1) Als eine eigenthümliche und zugleich allgemeine Form der Theilnahme iſt die Bande, freilich im Einzelnen ſehr abweichend, im bair. [2]), hannövr. und heſſiſchen GB. anerkannt; hieran ſchließt ſich das braunſchweigiſche, das jedoch bei der Bedrohung der Eingehung einer ſolchen Verbindung ſtehen bleibt und — im größten Mißverhältniſſe hiemit — für die wirklich von den Bandengenoſſen entwickelte Thätigkeit die allgemeinen Grundſätze für ausreichend erklärt. Jedenfalls zeigen dieſe Gbücher eine mehr oder weniger klare Vorſtellung über das eigenthümliche Weſen der bandenmäßigen Begehung von Verbrechen. — In mehrfacher Beziehung abweichend ſind der C. pénal, das wirt. und bad. GB., ſofern ſie theils die Bande auf beſondere Gattungen von Verbrechen in willkührlicher Abgrenzung beſchränken [3]), theils den ebenſo falſchen, als praktiſch folgenreichen Geſichtspunkt aufſtellen, daß ſchon die Stiftung und Eingehung einer Bande an ſich als beſondres Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit zu

1) Fälle bei Werner S. 601—635. Berner (aus Hitzigs Zeitſchr. XI.) S. 503 f. Bauer Strafrechtsfälle I. nr. 6.

2) Die Mot. zum bair. Entw. erklären die Bande kurzweg für eine Art des Komplotts.

3) Hélie V. 1—17. Der Code verlangt eine association dirigée contre les personnes ou les propriétés. Das Wirt. GB. nennt a) Mord, Brandſtiftung, Raub, b) Münzverbrechen, Fälſchung von Kreditpapieren, Diebſtahl, Betrug, Zerſtörung fremden Eigenthums, Wilderei. Das badiſche Raub, Fälſchung, Diebſtahl, Betrug. Thilo S. 403 (?). Uebrigens enthalten auch das bair., hannövr. und heſſ. GB. eine ungerechtfertigte Limitation auf „Verbrechen derſelben Art oder Gattung". Richtiger das braunſchw. GB. §. 38. Dagegen wieder der ſächſ. Entw. Art. 57.

behandeln sei [1]). Nur freilich legt der Code hiebei das Hauptgewicht auf die förmlich organisirte Disziplin eines größeren Vereins, während die deutschen Gbücher eine Anzahl von 3 Personen genügen lassen [2]). Immerhin blickt jedoch auch in diesen Gbüchern ein richtiges Bewußtsein über die spezifische Natur der Bande im Unterschiede vom Komplott hindurch [3]). — Dagegen verwischt sich diese Natur mehr oder weniger im sächs., thüringischen und preuß. GB., und zwar ganz und gar im ersteren, während das zweite wenigstens im Art. 224 das Richtige trifft, das dritte aber zum Mindesten im Ausdruck sehr unglücklich ist [4]).

2) Gerade der erste und wesentlichste Grundsatz, daß auf die Bande die vom Komplott geltenden Grundsätze nicht, mindestens nicht unmittelbar anzuwenden sind [5]), wird vom bair., hannövr. und hessischen GB. von vornherein auf den Kopf gestellt, zum Glück ohne Konsequenz.

3) Daß die Eingehung einer Bande eben wie die Eingehung eines Komplotts als entfernter Versuch zu bestrafen ist [6]), leidet keinen Zweifel. Aber es tritt hier dem Komplott gegenüber die Schwierigkeit ein, daß kein bestimmter Anhaltspunkt für die Bemessung der Versuchsstrafe vorliegt. Da es sich nun hier stets um eine Mehrheit noch unbestimmter Verbrechen derselben oder verschiedener Gattung handelt, so erscheint der Gerechtigkeit nur eine Durchschnittsbestimmung angemessen [7]). Die neuen Gbücher erkennen dies jedoch nicht an. Das bairische hebt die bloße Eingehung nicht einmal eigens heraus. Das hannövr. und braunschw. legen die schwerste Art der verabredeten Verbrechen zu Grund. Das hessische GB. setzt dagegen ganz geringe Strafen fest. Ebenso willkührlich erscheinen — nur nach andrer Seite hin, — die Strafen des Code pénal, des wirt. und bad. GBs. Indessen liegt bei diesen der Grund eben nur in der falschen Auffassung der Vereinigung zur Bande überhaupt als eines eigenen Verbrechens gegen die securitas publica; und, wenn hiezu die zweite Unrichtigkeit kommt, daß folgerichtig das infolge der Eingehung der Bande wirklich Verübte als weiteres selbständiges, mit dem Verbrechen der Eingehung der Bande konkurrirendes Verbrechen bestraft werden muß, so liegt doch eine so abentheuer-

---

1) Die Folge davon ist im Wirt. und Bad. Recht eine Zusammenrechnung der Strafen des Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen, während im französ Recht diesfalls der Grundsatz: poena major absorbet minorem eintritt. Hélie V. 9. 10. Lächerliche Uebertreibungen s. bei Hepp Staatsverbr. S. 259—261.

2) Hélie p. 5. 6 und Carnot ib. cit.

3) s. bes. die Motive des Code bei Hélie p. 6 (vgl. übr. p. 7).

4) vgl. Weiß S. 475. Thüring. GB. Art. 224. Beseler S. 152—154. 426. 445 (?). Goldtammer II. 486. 487. j. I. 284. 287. 290. 295. 332. 333. Ebenso der bair. Entw. Art. 274, 6.

5) Bauer Anm. I. 496—498. Cucumus N. Arch. XIV. 20 ff. Breidenbach I. 2. S. 343—352. Leonhardt I. 280—285. v. Bothmer Erört. I. 123 ff.

6) A. M. Berner S. 495—497, der auch hier bloß polizeiliche Bestrafung zugiebt. vgl. Cucumus a. a. O. S. 21—23, der freilich inkonsequent ist. Ganz ungehörig ist der Gesichtspunkt der Beihilfe im bair. GB. Art. 56.

7) Bauer und Cucumus wollen die Rechnung nach dem schwersten der in der Verabredung gelegenen Verbrechen gemacht wissen; dies ist jedoch ebenso unrichtig als die Berechnung nach dem geringsten. Sollte es sich freilich (was aber schwerlich praktisch ist) um eine Bande handeln, die alle möglichen Verbrechen in ihr Programm aufnimmt, so erschiene der Vorschlag von Cucumus S. 36. Art. 4 als der treffende.

liche Konsequenz keineswegs in der Auffassung, wie sie das bair., hannövr. und hess. GB. zeigen [1]). Gerade wenn die Eingehung der Bande unter den Begriff des Versuchs gestellt wird, fällt diese widersinnige Zusammenrechnung weg; dann liegt aber auch kein Grund vor, den Versuch (die bloße Eingehung) willkührlich ohne alle Rücksicht auf den Inhalt der Verabredung mit den geringsten Strafen zu bedrohen.

4) Was im §en unter a) angeführt ist, bedarf nach allem Bisherigen keiner weiteren Ausführung [2]). Die spezifische Natur der Bande hat damit so wenig zu thun, als die des Komplotts. Dagegen stehen die unter b) und c) aufgestellten Grundsätze wesentlich unter dem Begriff der Bande als solchen. aa) Daß die von einzelnen oder mehreren Bandemitgliedern dem Zweck der Bande gemäß ausgeführten Verbrechen schon an sich eben als bandenmäßige Verbrechen verhältnißmäßig höher gestraft werden müssen, ist mehrfach anerkannt [3]); bb) ebenso, daß die Bandemitgliedschaft als solche die sonstigen Formen der Theilnahme, Begünstigung, Beihilfe, zufällige Miturheberschaft, infolge des vorliegenden Generalentschlusses stets zum Komplott erhebt [4]); cc) die schwierigste Frage ist die im §. unter c) aufgeführte. Zunächst nämlich sind die einzelnen strafbaren Akte der Bandengenossen nicht unmittelbare, sondern durch besondere Entschlüsse vermittelte Produkte des Allen gemeinsamen Generalentschlusses. Daraus folgt, daß das unthätig gebliebene Bandenmitglied in Beziehung auf solche Einzelverbrechen oder Komplotte nicht sofort dem unthätig gebliebenen Komplottanten gleichgestellt werden kann [5]). Gleichwohl kann es auch nicht aller Verantwortung dafür entgehen, weil die betr. Akte jedenfalls mittelbare Ausflüsse des gemeinsamen Generalentschlusses sind. Diese Einsicht zeigen alle neueren Gesetzgebungen, suchen aber auf sehr verschiedene Weise zu helfen. Das franz., wirt. und badische GB. fertigen die bei einzelnen Akten unthätig gebliebenen Mitglieder

---

1) Daher sind die Bedenken bei Breidenbach S. 349 f. ganz überflüssig. vgl. Hélie V. p. 9. 10.

2) Sehr ungeschickt und überdies ganz unvollständig ist der Fall im hannövr. GB. Art. 64 abgemacht.

3) Bauer Anm. I. 496. Hepp Staatsverbr. S. 254. v. Schirach im N. Arch. I. 518. 519. Tittmann I. §. 103 a. E. Berner S. 499. A. M. Cucumus a. a. O., weil er die Eingehung der Bande an sich als eigenes Verbrechen auffaßt und sofort zu den Grundsätzen von der Konkurrenz greifen muß, wie das franz., wirtemb. und badische GB. Dieser falschen Auffassung folgt auch das hessische GB. s. Breidenbach I. 2. S. 349—351. (s. übr. Art. 366, wo sehr sporadisch das Richtige gesagt ist) Das bair. GB. (A. M. Breidenbach a. a. O. n. 5) faßt die Frage gar nicht eigentlich auf. Das Richtige enthält das hannövr. Art. 63. vgl. 294. 317. 326. 330. s. jed. auch die sehr treffende Bemerkung von Bauer Abh. I. 452. 453. und Cucumus S. 38.

4) Cucumus a. a. O. S. 24. 25. Berner S. 499. Breidenbach S. 347. Bair. GB. Art. 55. Hess. Art. 81, 3. Hannövr. Art. 64 (geht zu weit. vgl. Art. 60. 2. Leonhardt I. 283). Nicht damit zu verwechseln sind die Bestimmungen einiger Gbücher über erhöhte Strafbarkeit bloßer (nicht zur Bande selbst gehörigen) Gehilfen und Begünstiger. Code art. 268 (Hélie V. p. 11 sq.). Wirt. GB. Art. 188.

5) Richtig, aber abstrakt herausgehoben bei Kitka a. a. O. Tittmann I. §. 103. not. m. (der sich mit Unrecht auf das bair. GB. beruft) und bei Berner S. 499. Tittmann will dann doch wenigstens die betr. Personen wegen bloßer Mitgliedschaft bestraft wissen.

einfach mit der Strafe der Eingehung der Bande an ſich ab [1]). Der nahe liegenden Einwendung [2]), daß durch wirkliche dem Generalentſchluſſe entſprechende Thätigkeit der in der bloßen Eingehung der Bande liegende Verſuch abſorbirt werde [3]), begegnen ſie durch den weiteren kühnen Griff, daß ſie eben die bloße Verſuchsqualität der einfachen Eingehung der Bande läugnen und hieraus ein eigenes Verbrechen gegen die securitas publica machen. Nur freilich ändern ſie damit die Natur der Dinge nicht; ſie begehen die große Ungerechtigkeit, die Strafe des Verſuchs zu der Strafe der Vollendung zu addiren [4]), womit ſie freilich hinſichtlich der ganz unthätig gebliebenen Mitglieder ſich leicht aus der Schlinge ziehen, dafür aber die thätig gewordenen um ſo willkührlicher behandeln. Von dieſer Willkührlichkeit haben ſich das bair. und hannövr. GB. frei gehalten. Sie erklären die Bandengenoſſen zunächſt als Miturheber ſtrafbar für alle beſondern Verbrechen, wobei ſie irgendwie mitgewirkt haben [5]), dagegen als Gehilfen oder wegen Verſuchs für alle, bei denen ſie unthätig geblieben ſind [6]); — das Letztere erſcheint als das Angemeſſenere. Einen abſoluten Widerſpruch hat ſich dagegen der Eklektizismus des heſſ. GBs. aufgeladen. — Was am Schluſſe des §. über den Anſtifter der Bande bemerkt iſt, findet ſich im bair., hannövr. und heſſ. GB. auffallender Weiſe ganz und gar ignorirt, was ſich freilich aus dem gänzlich mangelhaften Bewußtſein über das Verhältniß zwiſchen Komplott und Bande erklärt [7]). Ein prekärer Erſatz iſt es, wenn das franz., wirt. und bad. GB. den Anſtifter wenigſtens wegen Eingehung der Bande mit ſchwererer Strafe bedenken. Denn damit iſt eben die weſentliche Frage ganz umgangen.

5) Welche Folgen der freiwillige Rücktritt bei der Bande habe, wird mehrfach ignorirt oder ungenügend beantwortet [8]). Vorerſt ſollte darüber kein Zweifel ſein, daß alle ſtraflos werden, wenn vor Begehung eines Verbrechens die ganze Bande ſich freiwillig wieder auflöst [9]). Dies erkennen jedoch diejenigen Gbücher nicht an, welche ſchon in der Eingehung der Bande ein vollendetes Delikt ſehen [10]);

---

1) Ebenſo Cucumus S. 26.

2) Bauer Abh. I. 450. Note. Hepp Staatsverbr. S. 259—261. Zwar könnte dieſer Einwendung durch eine Argumentation begegnet werden, wie ſie ſich bei Breidenbach I. 2. S. 350 findet; aber doch nur ſcheinbar, da es unläugbar bleibt, daß der in der bloßen Eingehung der Bande liegende Verſuch ſofort Verſuch zu ſein aufhört, ſobald ſich der, wenn auch unbeſtimmte Generalentſchluß in irgend ein ihm angemeſſenes beſtimmtes Verbrechen zu entladen beginnt.

3) Cucumus S. 25. 26. Das hier geltend gemachte Mißverhältniß verſchwindet bei der Betrachtung, daß der hohe Gefahr drohende Verſuch, indem er ſich zu geringfügigen Thaten entlädt, ſeine Gefährlichkeit ſelbſt abſtreift.

4) ſ. übrigens Anm. 1. vgl. Hufnagel I. 488. 489. III. 233 (der von ihm angeregte Geſichtspunkt der Fortſetzung des Verbrechens iſt ſcharfſinnig, aber nicht haltbar. vgl. Breidenbach I. 2. S. 350. n. 3).

5) Ueber die Anſtände, die hier nach dem hannövr. GB. entſtehen, ſ. Leonhardt I. 282—284.

6) Bair. GB. Art. 55. 56. Hannövr. Art. 64. 65. vgl. Bauer Abh. I. 451. 452.

7) vgl. Breidenbach S. 347. Berner S. 500. Bauer Abh. I. 451. Cucumus S. 28. 29.

8) erſteres z. B. von Berner, letzteres von Bauer Abh. I. 452.

9) Cucumus S. 31. 32.

10) ſo beſ. das Wirtemb. und das Badiſche, aber auch das Heſſiſche,

wohl aber das bair. (Art. 56 j. 52. 53) und hannövrische. Hat dagegen nur ein einzelner Genosse (Anstifter oder gemeiner Theilnehmer) seinen Sinn geändert, so kann dies überall nur ihm selbst zu Statten kommen [1]). Natürlich genügt aber hier beim Anstifter, sowenig als im Fall des Komplotts (§. 108), die einfache Erklärung des Rücktritts, resp. Abmahnung der Genossen. Dies genügt hier sogar nicht einmal bei dem einzelnen Theilnehmer, weil es sich hier nicht bloß um den Versuch eines oder mehrerer bestimmten Verbrechen, sondern um die Theilnahme an einer zur Begehung von Verbrechen auf die Dauer organisirten Gesellschaft handelt, daher der in dem Generalentschlusse zur Bande liegende Versuch nicht auf die einfache Weise rückgängig gemacht werden kann, wie der in der Eingehung des bloßen Komplotts gelegene. Hier ist also zur Strafloſigkeit durchaus Anzeige an die Obrigkeit erforderlich [2]). Auch dies setzt jedoch voraus, daß noch keine bestimmten strafbaren Akte aus dem Schooße der Bande hervorgegangen seien (mit oder ohne Mitwirkung des Betreffenden) [3]). Hier kann die Anzeige bloß Strafmilderung bewirken [4]).

Drittes Kapitel.

Begriff oder allgemeiner Thatbestand des Verbrechens.

§. 111.

Inhalt und Form des Verbrechens zusammen bilden seinen Begriff oder allgemeinen Thatbestand (§. 4), d. h. den Inbegriff derjenigen Momente, welche im einzelnen Fall vereint vorhanden sein müssen, wenn überall von einem Verbrechen die Rede sein soll. Natürlich tritt aber dieser Begriff oder allgemeine Thatbestand als solcher, d. h. in seiner Abstraktion niemals in die Wirklichkeit,

---

obwohl es sich in der ganzen Frage eklektisch durch die Klippen zu winden strebt. Breidenbach S. 351. 352.

1) A. M. Cucumus S. 32. 33, jedoch nur aus kriminalpolitischen Gründen, deren rechtliche Haltbarkeit er selbst bezweifelt.

2) Bauer Abh. I. 452. Cucumus S. 33. 34., der aber auch hier eine ungerechtfertigte Unterscheidung macht. Bair. GB. Art. 56. j. 53, 2. (Strafe der Beihilfe). Hannövr. Art. 65 (Versuchsstrafe).

3) s. Cucumus S. 34 oben. Anders das hannövr. GB. Art. 65, welches auch hier den Anzeigenden straflos läßt, wenn er nur selbst an den betr. Akten nicht Theil genommen hatte. Leonhardt I. 285. n. 7. Unklar ist das bair. GB. Art. 56, scheint aber dasselbe sagen zu wollen, wie das hannövrische.

4) Das bad. GB. übergeht die ganze Frage. Das wirt. und hessische helfen sich damit, daß sie dem Anzeigenden die auf die bloße Eingehung der Bande gesetzte Strafe erlassen. Hat er bei bereits begangenen verbrecherischen Akten mitgewirkt, so verfällt er der Strafe hiefür; wäre er dabei unthätig geblieben, so geht er straflos aus, weil nach diesen Gbüchern die Strafe der unthätig gebliebenen Bandegenossen in der Strafe der Eingehung der Bande aufgeht (dabei kommt dann offenbar der Anstifter viel zu leicht weg!).

ſondern immer nur in der Beſonderung zu einer beſtimmten Verbrechensart (§. 31. 33), und auch innerhalb dieſer Grenze nur wieder in der Verkörperung zu einer einzelnen, individuell beſtimmten That. Der Inbegriff derjenigen Momente nun, welche abgeſehen von dem allgemeinen Thatbeſtand des Verbrechens überhaupt vereint vorhanden ſein müſſen, damit ein Verbrechen von beſtimmter Art angenommen werden könne, bildet den beſondern Thatbeſtand dieſer Verbrechensart, in welchem ſich übrigens natürlich ſtets nur eine beſtimmte Spezialiſirung der Momente des allgemeinen Thatbeſtandes darſtellt. Beiderlei Momente aber, die des allgemeinen, wie die des beſondern Thatbeſtandes, ſind weſentliche Beſtandtheile. Den Gegenſatz dazu bilden die der individuellen Geſtaltung des einzelnen Falls angehörigen außerweſentlichen Beſtandtheile des Verbrechens, welche nicht den Begriff des Verbrechens überhaupt oder einer beſtimmten Verbrechensart bedingen, wohl aber auf die Strafbeſtimmung im einzelnen Falle Einfluß haben. N. Rev. §. 7 [1]).

1) Ein Hauptgrund der Verwirrung, die noch immer in der Lehre vom Thatbeſtand herrſcht [2]), liegt in der zwar aus der älteren Dogmengeſchichte erklärbaren [3]), aber unbegreiflicher Weiſe noch heute theilweiſe fortwuchernden Verwechslung des ſo einfachen ſtrafrechtlichen Begriffs vom Thatbeſtande des Verbrechens mit einem ſtrafprozeſſualiſchen Wechſelbalge dieſes Begriffs, darin beſtehend, daß behufs irgend welcher Zwecke des inquiſitoriſchen Prozeſſes willkührlich ein irgendwie größerer oder kleinerer Bruchtheil der im Begriff des Verbrechens überhaupt oder eines beſtimmten Verbrechens enthaltenen Momente zuſammengeklaubt und mit der Bezeichnung: corpus delicti (Thatbeſtand) verſehen wurde [4]). Ueberhaupt ſind mehrfach noch irrige Auffaſſungen dieſes Begriffs

---

1) Claus de natura del. 1794. Haensel de nat. del. obs. 1810. Kleinſchrod im A. Arch. III, 1. S. 38 f. Stübel de perversa interpret. legum crim. in constituendo quorundam del. corpore. Derſ. über den Thatbeſtand der Verbrechen. C. G. Biener Delibata quaed. de corp. del. capita. van der Ton de delictis. 1822. Tittmann I. §. 43—46. Feuerbach §. 81—83. Martin §. 27 ff. Wächter I. §. 42—46. Jarcke I §. 17. 18. Roßhirt Entwickl. S. 282 ff. Abegg §. 68. 69. Heffter §. 58 ff. Marezoll S. 59 ff. Mittermaier zu F. a. a. O. Luden Abh. II. Hdb. I. 225 ff. Kitka Beitr. z. Lehre üb. d. Erhebung des Thatbeſt. Meyer Verſ. einer Prüfung der Lehre vom Thatbeſt. u. d. Thäterſchaft. Schaffrath die Theorie vom allg. Thatbeſtande. Bauer Abh. I. 223 f. v. Jagemann Zeitſchr. für deutſch. Strafverf. N. F. II. 28 f. Birnbaum im N. Arch. 1815. S. 493 ff.

2) Gerade dieſen Hauptpunkt hat v. Jagemann nicht herauszufinden gewußt. ſ. dag. Birnbaum a. a. O.

3) ſ. hierüber den Strafprozeß. vgl. Biener Beitr. z. Geſch. d. Inqu.-Proz. S. 114 f. Roßhirt a. a. O. Luden Abh. II. 16 f. Hdb. I. 225. n. 1. Birnbaum S. 506 ff.

4) Die Bezeichnung wird infolge davon gebraucht für den Gegenſtand, das Produkt, das Werkzeug, die Spuren des Verbrechens. Böhmer med. ad art. 6. §. 10. Klein Grundſätze § 68. G. J. F. Meister princ. §. 94. In wiefern derlei Auffaſſungen im Strafprozeſſe Sinn und Werth haben, iſt eine ganz andre Frage.

verbreitet [1]). Sehr häufig wird er nämlich auf unzuläßige Weise beschränkt, indem bald dieses, bald jenes von seinen Momenten willkührlich ausgeschlossen wird. Wie die Aelteren, so setzt auch Feuerbach Thatbestand und Zurechnung sich entgegen und begeht dazu noch den Widerspruch, gleichwohl zum Thatbestand auch subjektive Momente zu rechnen [2]). Ebenso willkührlich und verkehrt ist es, wenn Andre von dem Begriffe des Thatbestandes den der Thäterschaft [3]), Andre gar die Zurechnungsfähigkeit [4]) (während sie doch die Verschuldung dazu rechnen!), oder auch wohl die Strafbarkeit [5]) ausschließen. — Die Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts enthalten den Begriff des allgemeinen Thatbestands nirgends explicite [6]), aber implicite, und es ist die Aufgabe der Wissenschaft, ihn aus denselben zu abstrahiren. Auch in den neueren Gesetzgebungen werden die Momente des allgemeinen Thatbestands in der Regel nur mit größerer oder geringerer Vollständigkeit aufgeführt und theilweise als sich von selbst verstehend vorausgesetzt.

2) Daß der Begriff des allg. Thatbestandes in seiner Abstraktion nicht in Wirklichkeit tritt und treten kann, wäre kaum nöthig besonders zu bemerken, wenn nicht in der That auch schon das Gegentheil behauptet worden wäre [7]). Uebrigens ist leicht begreiflicher Weise der des besondern Thatbestands vor dem des allgemeinen aufgefaßt worden; auch damals jedoch schon in der Weise, daß der Uebergang zum lezteren fast auf der Hand lag [8]). Seitdem ist der Unterschied mit Recht in die Wissenschaft eingebürgert. Nur hat man sich den sich eigentlich von selbst verstehenden Satz nicht immer gehörig klar gemacht, daß die Momente des besonderen Thatbestands stets nur als Spezialisirungen der Momente des allgemeinen aufzufassen sind, und daß es daher ungeeignet ist, die generischen Momente des lezteren hinsichtlich des ersteren wieder in wesentliche und außerwesentliche zu scheiden (wie namentlich die Verschuldung, von der man sagt, daß dolus bald als wesentliches, bald als außerwesentliches Merkmal erscheine) [9]).

---

1) Ein Uebergang zu der richtigen Auffassung findet sich bei Böhmer. Klein erhebt sich noch nicht zum Begriff des allgem. Thatbestands: und er und Tittmann sprechen zwar das richtige Prinzip für die Bildung dieses Begriffs aus, zeigen sich aber in der Ausführung mangelhaft. Kleinschrod (gegen den Wächter nicht gerecht ist) spricht im Wesen das Richtige aus, nur freilich in sehr allgemeiner Weise. Eigenthümlich ist die Darstellung von Heffter Tit. 5—7 (?). Die Meisten sondern übrigens Begriff und Thatbestand in der Darstellung. Luden unterscheidet einen formalen und einen materialen Begriff des Verbrechens.

2) woran dann v. Jagemann, der doch die richtige Ansicht vertheidigen will, keinen Anstoß nimmt. s. dag. bes. Birnbaum a. a. O. Der Ansicht von Feuerbach folgt (verworren) Roßhirt a. a. O.

3) Bauer Abh. I. 228 (s. ebend. oben!).

4) Stübel u. neuerdings besonders Luden. s. dag. N. Rev. S. 132—138. Schaffrath a. a. O. S. 189.

5) Luden (der aber doch wenigstens die Rechtswidrigkeit aufnimmt), Bauer; s. auch Klein, Tittmann.

6) Abegg S. 55. Luden Abh. II. 67. 68. Elegante Spielereien über den Ausdruck corpus delicti als einen den Quellen angemessenen s. bei Birnbaum S. 502 ff.

7) Tittmann Hdb. I. §. 46 (der sich mit Unrecht auf Stübel beruft). s. dag. Luden Abh. II. 66 u. bes. Abegg S. 102, den v. Jagemann sehr mißverstanden hat.

8) Klein a. a. O. Meister §. 95.

9) Luden Abh. II. 101—108. Unklar in dieser Beziehung ist besonders Bauer

3) Mehrfach angefochten ist die Eintheilung des Thatbestands in wesentlichen und außerwesentlichen [1]), — und nicht ohne Grund. Jedenfalls sollte man nicht von außerwesentlichem Thatbestand reden [2]), was unrichtig ist, wenn man eben Thatbestand und Begriff identisch setzt, sondern nur von außerwesentlichen Bestandtheilen des konkreten Verbrechens, welche eben nicht dem Begriffe des Verbrechens überhaupt oder der besondern Verbrechensart, sondern der individuellen Erscheinung dieses Begriffs in der bestimmten einzelnen Handlung angehören [3]). Die weitere Eintheilung der außerwesentlichen Merkmale in gewöhnliche und zufällige (naturalia und accidentalia delicti) ist eine bloß empirische ohne prinzipielle Bedeutung [4]).

4) Außerdem pflegt man den Thatbestand noch einzutheilen in realen und personalen, was jedenfalls mit einer zu engen Auffassung des Begriffs überhaupt zusammenhängt und noch dazu willkührlich ist [5]), — und in objektiven und subjektiven Thatbestand [6]), welche Eintheilung jedoch nicht mit der wieder nur auf prozessualische Zwecke berechneten Eintheilung in Thatbestand und Thäterschaft [7]) zu verwechseln ist, da vielmehr zum subjektiven Thatbestand lediglich das gehört, was sich auf die Willensseite, das Innere an der Handlung bezieht [8]), alles Andre aber zum objektiven, mithin auch etwaige persönliche Verhältnisse des Thäters, welche zur Existenz des bestimmten Verbrechens vorausgesetzt werden, wie Amts-, Familienverhältnisse u. dgl., da diese offenbar das Objekt des Verbrechens betreffen [9]).

§. 112.

Nach allem Bisherigen stellt sich das Verbrechen im e. S. seinem wesentlichen allgemeinen Thatbestande nach dar als die das Recht als Recht (seiner Substanz nach) in irgend einem nach Art und

---

Abh. I. 235—239. s. aber Marezoll S. 60. Luden Hdb. I. 225—228, wo freilich wieder zwischen Begriff und allgemeinem Thatbestand des Verbrechens auf wunderliche Weise unterschieden wird. vgl. Tittmann Hdb. I. §. 43. not. y. Abegg S. 105. 106.

1) Martin §. 29. Bauer Abh. I. 239—244.

2) s. z. B. Wächter I. §. 46. n. 100. vgl. aber §. 43 u. S. 78. Unklar ist Roßhirt Lb. §. 41 a. E., vgl. aber auch Entw. S. 56 f.

3) Jarcke I. 105. Abegg §. 68. Luden Abh. II. 100. Hdb. I. 237.

4) Wächter I. §. 43. Was hiegegen Bauer Abh. I. 241 vorbringt, ist freilich ohne Gehalt. vgl. Abegg S. 102. Hefftter §. 58. n. 2.

5) Stübel §. 4—18. s. dag. Abegg S. 104. Martin §. 29. n. 10. Bauer Abh. I. 233. 234.

6) Gegen diese Eintheilung s. Tittmann Hdb. I. §. 43. not. z. Roßhirt Entw. S. 300—303. Abegg S. 104. Marezoll S. 60. 61 und besonders begrifflos v. Jagemann a. a. O. S. 36—38. s. dag. Wächter I. §. 46. n. 100. Jarcke I. 106. n. 9. Luden Hdb. I. 228—231.

7) Gerade diese Verwechslung empfiehlt (!) v. Jagemann S. 38. 39, der noch überdies meint, dieser Gegensatz sei erst i. J. 1836 in Berlin erfunden worden.

8) s. bes. Birnbaum a. a. O. Mittermaier n. 7. z. F. §. 81.

9) A. M. Bauer Abh. I. 234. Martin §. 29. Abegg S. 104. vgl. Schaffrath S. 183. Luden Hdb. I. 236 will die „persönlichen Verhältnisse" sogar weder zum subj., noch zum objektiven Thatbestand gezählt wissen. vgl. auch, was Birnbaum S. 528 anführt.

Größe .beſtimmten Daſein verletzende, durch das poſitive Recht für ſtrafbar erklärte, einem zurechnungsfähigen Menſchen zur Schuld zurechenbare Handlung. Für das bloße Polizeivergehen dagegen modifizirt ſich dieſer Begriff (§. 18). N. Rev. §. 166.

1) Die Erörterungen in Kap. 1 und 2 haben wohl hinlänglich gezeigt, daß auch heute noch über dieſes Fundament der Strafrechtswiſſenſchaft in vielen, zum Theil weſentlichen Punkten eine bedauernswerthe Unklarheit, resp. Oberflächlichkeit herrſcht.

2) Wenn ſelbſt die moderne Wiſſenſchaft mit der Läuterung des Verbrechensbegriffs ſowenig vollſtändig in's Reine kam, ſo iſt es um ſo leichter begreiflich, daß dies bei der Geſetzgebung noch in geringerem Grade der Fall war. Abgeſehen von den unreifen Erſcheinungen anfänglicher Staatsentwicklung, in welchen (im germaniſchen Recht viel länger, als im römiſchen) das ſubjektive Element des Verbrechensbegriffs ſich erſt mühſam zur Anerkennung hervorarbeitete, iſt ſelbſt in dem hochgebildeten römiſchen Rechte der Begriff des Verbrechens niemals vollſtändig herausgearbeitet worden [1]). Denn noch im Juſtinianeiſchen Rechte iſt der Gegenſatz zwiſchen delicta publica und privata, — wenn auch noch ſo ſehr gegen frühere Zeiten abgeſchwächt, — doch noch immer nicht, und in wichtigen Beziehungen nicht aufgehoben [2]). Der Begriff des Privatdelikts [3]) iſt aber, wenn auch noch ſo abgebleicht, eine abſolute Anomalie, ſofern das Verbrechen ſpezifiſch als Läſion eines Privaten gilt, ſeine Verfolgung von Privatwillkühr abhängt und die Reaktion weſentlich die Natur der Privatgenugthuung hat. Dieſelben Mängel klebten größtentheils auch dem Begriff der delicta popularia an, welche übrigens bereits den Uebergang zu dem Begriff der delicta publica bildeten [4]). — Nach anderer Richtung hin ſchweifte das kanoniſche Recht über den adäquaten Begriff des Verbrechens aus, indem es zwar mit Recht das Moment der Rechtsverletzung eines Individuums ganz in den Hintergrund verwies, dagegen die

---

1) Gar kein Verſtändniß hievon zeigt Rein S. 98—100, aber freilich durch Juriſten verführt, ſ. die Citt. S. 99, die noch ſtark vermehrt werden könnten. ſ. übr. auch S. 103—105.

2) Die Ausdrücke: maleficium, facinus, flagitium, peccatum, probrum, commissum, vitium, culpa, fraus, noxa, scelus, offensa, nefas etc. ſind dagegen keine techniſchen. Rein S. 91. 92.

3) Von jeher unterſchied man delicta publica (s. crimina — ordinaria und extraordinaria) und delicta privata, zwiſchen welchen man die delicta popularia als Zwitterbegriff einreihte. Daß die Bezeichnungen crimen u. delictum keine abſolut fixen waren, ſah man nun wohl ſchon früher ein. Matthaeus Proleg. p. 1 sq. Savigny de concursu del. §. 3. Wächter I. §. 42. n. 96. v. d. Ton de delict. c. 2. Winssinger de del. culp. p. 96 sq. Erſt neuerdings hat ſich der Luxus philologiſcher Gelehrſamkeit völlig verheerend über jene Begriffe ergoſſen. ſ. Birnbaum N. Arch. VIII. 396 f. 643 f. IX. 339 f. und 1835. S. 321 f. Bosch-Kemper de indole j. crim. ap. Rom. p. 66 sq. v. Hagen quale sit discrimen inter del. publ., tam extraord. atque priv. Platner quaest. p. 82 sq. Rein S. 92—98. Daher findet ſich auch in den Lehrbüchern eine ſehr buntſcheckige Terminologie.

4) T. D. de popul. act. (47. 23) j. l. 17 §. 18 D. de aed. ed. (21. 1). Bezeichnend für die Oberflächlichkeit der Auffaſſung iſt, daß ſich die Schriftſteller häufig viel mehr mit dem Unterſchiede zwiſchen crimina ordinaria u. extraordinaria, als mit dem zwiſchen öffentlichen und Privatdelikten zu thun machen.

ſubſtantielle Natur der im Verbrechen liegenden Verletzung über das Rechtsgebiet hinaus in andre Sphären der Sittlichkeit hinein ſteigerte [1]). — Allerdings fehlte in der einen, wie der andern Richtung viel daran, daß alle Konſequenzen der betr. Einſeitigkeiten gezogen worden wären. Gleichwohl durchzieht das kan. Recht überall die unverkennbare Tendenz, die objektive Seite des Verbrechens hinter der ſubjektiven zurücktreten zu laſſen, weshalb denn auch viele ſeiner Ausſprüche von der weltlichen Doktrin als bloß in's forum conscientiae gehörig beſeitigt wurden [2]). Noch weit entſchiedener aber wirkt ſelbſt im neueſten römiſchen Recht die eigenthümliche Auffaſſung des Verbrechens als Privatdelikt nach. Denn noch immer konnten die Privatdelikte ebenſowohl civiliter als criminaliter verfolgt werden [3]); die Privatſtrafen waren in weitem Umfang neben den öffentlichen praktiſch [4]); wenn ein Privatdelikt als ſolches verfolgt wurde, zum Theil ſelbſt dann, wenn es zum crimen extraordinarium erhoben war, galten noch immer wichtige Reſte der alten Konſequenzen, z. B. in Beziehung auf den Grundſatz: volenti non fit injuria, auf Kompenſation, Vergleich u. dgl., ja ſelbſt in der Schuldlehre, namentlich in Hinſicht auf Vollendung und auf Theilnahme am Verbrechen. — Im deutſchen Recht hatte der Begriff des Verbrechens von Anfang an nicht die dualiſtiſche Grundlage, wie im antiken. Jedes, auch das bloße Privatverbrechen galt als Verletzung eines Allgemeineren, wofür den freilich ſehr unvollkommenen Ausdruck die Friedloslegung, resp. die Einforderung des Friedensgelds neben der Buße bildete [5]). Gerade die Schwäche des Staatsprinzips aber, welche einen tiefen Gedanken von Anfang an in ſo wenig angemeſſener Form ſich hatte erſchöpfen laſſen, hinderte auch noch ſpäter Jahrhunderte lang die volle Entwicklung des Verbrechensbegriffs [6]). Die Reaktion im Namen eines höheren Allgemeinen, die ſich von Anfang an in die Friedloslegung, d. h. Geſtattung der Privatrache, oder in die Forderung eines Friedensgelds, das ganz und gar den Typus der Privatgenugthuung (Buße, compositio) hatte und theilweiſe ganz in dieſer untergieng, kleiden mußte, brauchte das ganze Mittelalter und theilweiſe noch eine ſpätere Zeit dazu, um eine ſolche unangemeſſene Form abzuſtreifen und ein Syſtem öffentlicher Strafen als Ausdruck eines reinen, nicht mehr privatrechtlich getrübten Verbrechensbegriffs zu ſchaffen [7]). Wenn aber auch immerhin noch im 15ten u. 16ten Jahrh. Beiſpiele der Fortdauer des Kompoſitionsſyſtems in Deutſchland in Menge vorkommen, ſo erſcheint dies doch eben nur als Konſequenz der Schwäche der Staatsgewalt im Gegenſatz gegen theoretiſch (ſelbſt

---

1) Abegg Strafrechtstheorieen §. 28. 29.

2) ſ. z. B. die Lehre von Nothwehr, von der negativen Theilnahme ꝛc. ꝛc.

3) §. 10 J. de injur. (IV. 4).

4) ſ. vorläufig §. 18. 19. 25. 26 J. de action. (IV. 6). §. 1 J. de poen. tem. litig. (IV. 16). l. 11 C. de repud. (5. 17). — §. 1 J. de vi bon. rapt. (IV. 2). — l. 80 D. de R. V. (6. 1). l. 2. 3 C. de j. emphyt. (4. 66). —

5) Meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 160—162. Die gewöhnliche Meinung ſieht dagegen allerdings in dem germaniſchen Recht die pure Barbarei! ſ. übr. auch Luden Hob. I. 62—66.

6) Dies ſcheint auch Walther die Rechtsmittel im Strafverfahren, S. 15. n. 2. nicht gehörig gewürdigt zu haben.

7) ſ. meine Art. in d. Zeitſchr. f. Deutſch. R. XII. 33 ff. XIV. 367 ff. Wunderliche Behauptungen bei Luden I. 59—61.

großentheils ſchon in den Rechtsbüchern) längſt anerkannte reinere Begriffe. Schon die Gloſſe zum kanon. Rechte erklärte die Privatſtrafen als aufgehoben [1]). Zwar wurde nun dieſer Satz von der italieniſchen weltlichen Doktrin, die ſich durch die Auktorität des röm. Rechts und germaniſcher Statute doppelt beengt fühlte, nicht mit voller Entſchiedenheit angenommen [2]), wie denn auch deutſche Geſetzgebung und Doktrin ſich jener Feſſel mannigfach fügten [3]). Aber, wenn auch ſelbſt die P.G.O. (Art. 157. 158) noch einzelne Reſte jener privatrechtlichen Auffaſſung des Verbrechens anerkennt, ſo iſt dies doch gegenüber dem Geiſte, der ſie im Ganzen beherrſcht, nur als Ausnahme zu betrachten. Zwar gab es noch bis zur neueren Zeit immer eine anſehnliche Parthei von Vertheidigern der praktiſchen Giltigkeit der römiſchen Privatſtrafen, wie freilich auch von ſolchen, die ſie verwarfen [4]). Allein theils räumten die beſonnenen Vertheidiger ein, daß die römiſche Privatſtrafe überall wegfalle, wo das deutſche Recht öffentliche eingeführt habe [5]), theils war der ganze Streit ein prinzipiell ſchiefer, ſofern auch mit dem reinen Begriffe des Verbrechens ſich nachtheilige privatrechtliche Folgen ſehr wohl vertragen [6]), wogegen nur eigentliche Privat-, d. h. lediglich dem verletzten Privaten genugthuende, ſein Intereſſe befriedigende Strafen ſchlechthin verwerflich ſind [7]). Nur Ein Verbrechen hat ſich im gem. deutſchen Rechte in dem vollen Sinne eines römiſchen Privatdelikts erhalten, die Injurie. Ganz etwas Andres iſt es aber, wenn ſich gemeinrechtlich noch bei einigen andern Verbrechen — aus verſchiedenen Gründen — der Satz erhalten hat, daß ſie ohne Klage des Verletzten oder ſeiner Nächſten ſtrafrechtlich nicht verfolgt werden dürfen. Indeſſen ſind dies nur einzelne Ausnahmen von der das gemeine Recht beherrſchenden Regel der offiziellen Verfolgung der Verbrechen, woraus die Wirkungsloſigkeit einer außergerichtlichen Abfindung des Beſchädigten mit dem Thäter [8]), der Fürbitte des Verletzten [9]) und der Kompenſation [10]) folgt. — Eben jene Ausnahmen

1) ſ. Gloſſe zu Csa. 6. qu. 1. c. 17.

2) J. Clar. V. §. prim. n. 6. Farin. qu. 18. n. 16.

3) Auth. agric. C. 8. 17. — Harpprecht Tract. crim. ad J. IV. 18. pr. n. 15.

4) Wächter I. §. 110. n. 52. ſ. dag. Heffter §. 32. Luden Hdb. I. 182.

5) ſ. beſ. Gruner b. Martin Coll. diss. p. 107. 108. Heffter §. 126. n. 1. Dieſer glaubt (mit Berufung auf Schilter), daß ſelbſt die Popularklagen praktiſch geblieben ſeien, was ſelbſt Wächter in Abrede zieht.

6) Verluſt einer Klage, eines Erbrechts oder anderer Rechte. ſ. z. B. l. 10 §. 1 D. de fidej. (46. 1). l. 67 §. 3 D. pro soc. (17. 2). l. 1 §. 15 D. si quadrup. (9. 1). l. 22 §. 1 D. de re jud. (42. 1). l. 25 pr. D. de probat. (22. 3). l. 80 D. de R. V. (6. 1). Nov. 18. c. 10. Nov. 72. c. 4. Luden Hdb. I. S. 172. n. 6. vgl. die neueren Geſetze über die privatrechtl. Folgen der Verbrechen (Wirt. Art. 8).

7) A. M. Wächter I. S. 201, gegen die entſchiedenſte allgemeine Ueberzeugung.

8) Anders natürlich im römiſchen Privatſtrafrechte, weil hier die Klage ein Vermögensrecht des Beſchädigten war, theilweiſe ſogar im öffentlichen, — wenn auch nicht abſolut (ſ. u.). Nur die Klage war wirkungslos, während andere nachtheilige Folgen für beide Theile nicht ausgeſchloſſen waren. Ueber die Theidigung im Mittelalter ſ. die Geſchichte.

9) Rechtlich wirkſam kann dieſe überall nur da werden, wo der Verletzte das Recht hat, durch Verzicht auf die Klage die ſtrafrechtliche Verfolgung auszuſchließen. ſ. z. B. Nov. 134. c. 10. — C. 7 X. de raptor. (5. 17). Wunderliche Anſichten kamen darüber bei älteren Kriminaliſten vor. ſ. z. B. Böhmer Med. ad art. 120. § 10 sq. Gribner de intercess. conjug. in del. carnis. Kleinſchrod ſyſt. Entw. II. §. 93—96.

10) Anders wieder im Privatſtrafrecht. l. 10 §. 2 D. de compensat. (16. 2).

ſind übrigens gegen die neuere Zeit her an Zahl vermehrt worden, vornämlich deshalb, weil gegen den ſeit 3 Jahrhunderten in die höchſte Einſeitigkeit verrannten Inquiſitionsprozeß immer lauter die öffentliche Meinung ſich erhob, zugleich neuerdings das Syſtem der Staatsbevormundung immer mehr Oppoſition fand, und hiernach die Anſicht Anhänger gewann, daß man der bürgerlichen Freiheit zulieb das Prinzip der Verfolgung von Amtswegen bei Verbrechen gegen veräußerliche Privatrechte ausſchließen müſſe, um ſo mehr, da durch die Verfolgung ex officio dem Verletzten viel mehr Unluſt erwachſen könne, als durch das Delikt ſelbſt [1]). Von den gedachten Gründen ſind nun freilich die beiden erſteren der Sache ſelbſt durchaus äußerlich und finden ihre Erledigung in anderweitigen Reformen des modernen Rechts- und Staatslebens [2]). Gänzlich verkehrt aber ſind die beliebten geſchichtlichen Berufungen auf römiſches und germaniſches [3]) Recht in einer Frage, die eben nur auf dem Boden der modernen Rechts- und Staatsentwicklung entſchieden werden kann. Der einzig ſtichhaltige Grund iſt der letzte der o. angeführten, der aber eben nur eine zeitweiſe Suſpenſion des amtlichen Einſchreitens rechtfertigt.

3) Aus dem Bisherigen ergiebt ſich denn auch der relative Werth verſchiedener herkömmlichen Eintheilungen der Verbrechen. Bloß geſchichtliche Bedeutung haben a) die in delicta publica und privata und der erſteren in crimina ordinaria und extraordinaria [4]) (ſ. Anm. 2). Der Hauptunterſchied war ein tiefgreifender, materieller, aus dem innerſten Kern der antiken Rechts- und Staatsanſicht hervorgegangener, der daher auch bis zuletzt keine völlige Ausgleichung erfuhr. Der

---

l. 7 D. de act. rer. amotarum (25. 2). vgl. l. 36 D. de dolo (4. 3). l. 154 D. de R. J. (50. 17). Eine nicht eben ſittliche Anwendung ſ. in c. 7 X. de adult. (5. 16). Eisenbach de compensat. circa malef. Kleinſchrod II. §. 92. Nur Eine Ausnahme hat ſich bis in das neueſte Recht herein erhalten —, die Retorſion bei Injurien.

1) ſ. Gönner im N. Arch. VII. 459 ff. J. Möſer patr. Phantaſ. III. nr. 23. v. Eggers und Tittmann in ihren Entwürfen. vgl. aber Zweifel bei Spangenberg N. Arch. IX. 247 f. und entſchiedene Oppoſition bei Trummer krim. Beitr. III, 2. S. 251 f. ſ. auch Godefroi de del. quae nonnisi ad laesor. quer. vind. 1837. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 609 f. Henke IV. §. 27. Müller Strafproz. §. 75. Heffter §. 578. n. 1. Zachariä im N. Arch. 1845. S. 566 f. 1847. S. 390 f.

2) Eigen lautet es, wenn man die Sorgfalt, die man dem Richter mißgönnt, der Polizei zutheilt, wie Gönner a. a. O. S. 461.

3) ſ. z. B. Gönner a. a. O. S. 461 ff. Beſeler Komment. S. 206. Ueber das gem. Recht ſ. auch Konopak N. Arch. VI. 267 f.

4) L. 1. 8 D. de publ. jud. (48. 1). L. 3 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 2 D. de abig. (47. 14). l. 3 D. de praevaric. (47. 15). l. 3 §. 2 D. de stellion. (47. 20). §. 3 sq. J. de publ. jud. (IV. 18). L. 92 D. de furt. (47. 2). §. 10 J. de injur. (IV. 4). L. 9 C. de accusat. (9. 2). L. un. C. de muliere (9. 11). L. 5 C. si reus vel accus. (9. 6). L. 8 C. de pagan. (1. 11). L. 3 §. 8 C. de vet. jure enucl. (1. 17). l. 3 D. ad Sct. Turp. (48. 16). Coll. XIV, 3. — Cujac. Obs. VIII, 32. Sigon. de judic. II. c. 1 sq. Graevius thes. II. praef. a. E. Salmas. de modo usur. 3. G. L. Böhmer de abig. §. 2 sq. Bach hist. j. rom. II. c. 1. §. 22. Malblank Consp. rei judic. §. 14 sq. §. 27. Haubold Institut. p. 56 sq. Marezoll bürgerl. Ehre. S. 123 ff. Zachariä Verſuch I. 148 ff. Platner quaestiones p. 82 sq. Rein S. 105 ff. Luden Hdb. I. 177 ff. Eltzmann de divis. malefic. 1840.

zwiſchen crim. ordin. und extraordinaria war in der Hauptſache ein bloß formeller, durch geſchichtliche Zufälligkeit entſtandener, der ſeit der Aufhebung des ordo judiciorum innerlich keinen Sinn mehr hatte [1]), außer ſoweit die crimina extraordinaria aus dem Kreiſe der Privatdelikte hervorgegangen waren [2]). Wenn auch außerdem noch im neuſten römiſchen Rechte ein Unterſchied zwiſchen crim. ordin. und extraordinaria in Beziehung auf Infamie und Uebergang der Vermögensſtrafen auf die Erben beſtehen blieb [3]), ſo iſt dies, ſoweit nicht die zwieſpältige Natur der crimina extraordinaria mit im Spiel war, als einer der vielen Fälle zu regiſtriren, in welchen die Kaiſerzeit nicht mehr die Fähigkeit hatte, einen theoretiſch richtig erkannten Gedanken praktiſch in ganzer Konſequenz durchzuführen. Im gemeinen deutſchen Recht iſt der Hauptunterſchied zwiſchen delicta publica und privata in der bereits (Anm. 2) angef. Weiſe beſeitigt [4]), und die actiones populares ſind dem Polizeiſtrafrecht überwieſen worden. — b) Die Eintheilung in delicta ecclesiastica, secularia und mixti fori, die jetzt (von der Simonie abgeſehen) alle Bedeutung verloren hat, da der Staat, wenn er auch zeitweiſe in ſelbſtvergeſſene Schwäche gegenüber etwaigen Eingriffen der Kirche verfallen ſollte, in keinem Fall auf die Dauer ein gänzlich anomales Verhältniß ertragen kann (§. 26). c) Die Eintheilung in Ungerichte, peinliche Fälle, Miſſethaten, — und bloß bürgerliche Ueberfahrungen, eine aus dem älteſten germaniſchen Rechte abzuleitende, aber durch die Parallele mit den römiſchen delicta publica und privata theilweiſe in Mißverſtändniß abgeirrte [5]) Unterſcheidung, die übrigens mit der fortſchreitenden Entwicklung des modernen Staats mehr und mehr der Unterſcheidung in Verbrechen und Polizeivergehen Platz gemacht hat [6]). — An dieſe bloß geſchichtlich bedeutſamen Eintheilungen ſchließt ſich zunächſt d) die in Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen. Darin iſt zuvörderſt ein weſentlicher, aus der innerſten Natur des Unrechts entſpringender Unterſchied enthalten (ſ. darüber §. 18). Mit dieſer inneren Unterſcheidung ſind jedoch die äußerlichen von bloß quantitativer Natur nicht zu verwechſeln, welche ſich nur auf die Art und Größe der Strafen und die erkennenden Behörden beziehen, wenn ſie auch zufällig theilweiſe mit der qualitativen Eintheilung zuſammentreffen. In ganz roher Weiſe unterſchieden die älteren Juriſten ſeit der Gloſſe delicta atro-

---

1) l. 1 §. 3. L. 13 D. de poen. (48. 19). L. 8 D. de publ. jud. (48. 1). L. 3 D. de priv. del. (47. 1).

2) L. 3 cit. l. 94 D. de furt. (47. 2). Heffter §. 578. n. 1. Zachariä Verſuch. I. §. 84—87. vgl. ob. §. 81. Anm. 1.

3) Wächter I. §. 110. n. 51. Luden Hdb. I. 182.

4) Aeußerliche Verſchiedenheiten, wie in Beziehung auf Verjährung, Infamie ꝛc. erhielten ſich allerdings. Heffter §. 32. n. 6. Abegg S. 99 u. beſonders Jarcke I. §. 19. n. 1.

5) ſ. noch Luden Hdb. I. 187. n. 4.

6) ſ. beſ. Mittermaier Strafverfahren I. §. 4. 5. Feuerbach §. 22. 136. Abegg S. 98. Wächter I. §. 94. n. 95. §. 107. n. 47. Henke Geſchichte I. 305 ff. II. 187 ff. C. F. G. Meiſter Einleitung ꝛc. S. 27 f. Robert u. Koch über Civil- und Kriminalſtrafen und Verbrechen. Walch Gloss. v. peinlich und peinl. Strafe. Malblank Consp. rei jud. §. 96. Roßhirt L5. §. 79. 80. Martin Krim.proz. §. 17. 18. Hommel philoſ. Gedanken üb. d. Krim.R. §. 72 ff. Luden Hdb. I. 186—193. Jarcke I. 114—116.

cissima, atrociora, leviora [1]), wovon ſie namentlich in der Lehre vom Verſuch praktiſche Anwendung machten, und was ſie zum Theil mit dem ganz willkührlichen und verwerflichen Unterſchied von delicta excepta und non excepta in Verbindung brachten [2]). Denſelben bloß quantitativen Sinn hatten denn auch die ſchon berührten, aus der Entwicklung des deutſchen Rechts, namentlich der Gerichtsverfaſſung entnommenen, übrigens nie zu feſter Begrenzung gekommenen Eintheilungen in causae majores und minores, peinliche und bürgerliche Strafſälle, Kriminal- und Polizei- (resp. Finanz-, Forſt- ꝛc.) Vergehen, — und insbeſondere auch die in Verbrechen und Vergehen, ſoweit ſie eben nur ausdrücken will, daß jene ſtrafbarer, dieſe minder ſtrafbar ſeien [3]). An dem Fehler der Prinziploſigkeit und Willkührlichkeit litten auch bis auf unſere Zeit die Eintheilungen der meiſten neueren Geſetzgebungen in Kriminal- und Polizeiverbrechen, resp. Polizeiübertretungen, ſchwere Polizeiübertretungen oder einfache Uebertretungen, — Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen (ſ. beſ. preuß. LR., öſtr. GB. v. 1803, bair. — und die Geſetzbücher vor d. J. 1848). Das an ſich richtige Motiv aller dieſer Eintheilungen lag in der ſehr natürlichen Erwägung, daß für ſchwerere Verbrechen, welche ſchwere Nachtheile nach ſich ziehen, auch prozeſſualiſch ein größerer Aufwand an Kräften zu machen ſei [4]). Abgeſehen daher von der bloß geſchichtlich zufälligen Entſtehung derſelben vor der neueren, theilweiſe aus der Natur der Sache heraus zu ſchaffen ſtrebenden Zeit, ließ ſich an ſich Alles der Art rechtfertigen, ſoweit eben nur jener Geſichtspunkt aufgefaßt wurde. Allein eben jene geſchichtlichen Zufälligkeiten bedingten eine Organiſation

1) vgl. zwar l. 5 §. 2 D. de poen. (48. 19) l. 6 D. de accusat. (48. 2). l. 157 D. de R. J. (50. 17). l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). Die Ausdrücke haben aber in den Quellen keinen techniſchen Sinn. Cropp de conatu S. I. p. 68. Wächter I. S. 194. Luden Hdb. I. 184. 185. A. M. Heffter §. 34. n. 2. gegen Cropp ſ. Zachariä Verſuch I. §. 88.

2) Clarus V. §. 1. nr. 9. Carpzov qu. 102. n. 57 sq. Matth. Proleg. c. 4. n. 2—4. Böhmer obs. 2. 3. ad Carpz. qu. 102. Obs. 4 ad qu. 199. Hofmann Comm. de insign. defect. jurispr. crim. c. 1. §. 6. Kees in Martin Coll. diss. I. p. 188 sq. Brehm de del. exceptis. 1788. Hampe ebenſo 1800; über den prozeſſ. Sinn der Eintheilung ſ. Martin §. 71. vgl. Abegg Geſch. d. preuß. Strafr. S. 88 ff. Wächter I. §. 38. Schröter S. 68. n. 2. Klein Grundſätze §. 67.

3) Reber üb. d. Begriff von Verbrechen und Vergehen. 1811. Hanamann über die Grenzlinie zw. Verbr. und Vergehen. 1805. Behr Welchen Hauptanforderungen muß ein StrafGB. genügen? 1813. Cucumus üb. Eintheilung der Verbr. und Vergehen. 1820. Feuerbach §. 22. Salchow Darſtell. I. §. 11. Kleinſchrod I. §. 8. Grolman §. 27 Note. Henke I. S. 388 f. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 185. Tittmann I. §. 34. Eſcher vier Abh. S. 135. Schröter I. §. 60. Martin §. 14. n. 3. 7. Wächter §. 108. Jarcke I. §. 19. Abegg S. 99 ob. Heffter §. 29. 31. Marezoll S. 131. Luden Hdb. I. 193—198. vgl. N. Arch. II. 385 f. Gönner in ſ. Arch. I. nr. 3. N. Arch. VII. 662 f. Lotz im N. Arch. IV. 488 f. Weber eb. S. 628 f. Mittermaier eb. VI. 186 f. Cucumus eb. X. 47 f. Birnbaum eb. 1834. S. 164 f. Oerſted Prüfung d. bair. Entw. 1823. S. 8 f. Hudtwalcker in den krim. Beitr. I, 1. S. 1—33. Mittermaier Strafverfahren. I. §. 4. n. 68—84. Bauer Anm. I. 307 f.

4) Inſoweit hat Luden Hdb. I. 195. n. 7. Recht. A. M. Jarcke I. 121. Wächter I. S. 193 und viele Andere in der vor. Note Angeff. (ſ. beſ. Heffter §. 29. n. 4. §. 31. n. 3.)

der Behörden, welche dem Zweck der Strafrechtspflege keineswegs angemessen war, da Civilgerichte und Verwaltungsbehörden in ihrer regelmäßigen Thätigkeit auf Maximen angewiesen sind, welche denen eines Strafgerichts fremd, ja entgegengesetzt erscheinen [1]). Noch schlimmer aber war das Andre, daß man den inneren Unterschied von Verbrechen und Polizeiübertretung ganz außer Augen setzte und hiernach meist eine ganz kritiklose Abtheilung zu Wege brachte [2]). Den relativ besten Ausweg zeigte die französische Gesetzgebung, sofern sie sämmtliche Straffälle an richterliche Behörden verwies und die freilich auch zunächst nicht qualitativ, sondern quantitativ gehaltene, aber doch mit praktischem Takte durchgeführte Abstufung an das System des Geschwornengerichts festknüpfte [3]). e) An die vorige Eintheilung schließt sich die Grenzbestimmung zwischen eigentlichen Straffällen und Disziplinarfällen [4]), welche letztere nicht dem Strafrecht im e. S., sondern der erziehend-züchtigenden Strafgerechtigkeit der Familie, Schule und Kirche, sowie relativ des Staats selbst gegenüber seinen Beamten (desgleichen der Gemeinden gegen die ihrigen) angehören (§. 26). f) Bloß auf den Prozeß bezügliche, übrigens veraltete Eintheilungen sind die in delicta facti permanentis und facti transeuntis [5]), sowie die in delicta notoria und occulta [6]) s. auch unter d) und Anm. 2 a. E. g) Nach dem Umstande, ob ein Straffall ausdrücklich im Gesetze verpönt ist oder seine Anerkennung der Anwendung der Analogie verdankt (§. 25), unterschieden die Römer zwischen delicta quae ex scriptura legis descendunt und quae ad exemplum legis vindicanda sunt (P.G.O.: benannte und unbenannte [7]) peinliche Fälle). h) Ueber die Eintheilung in del. juris gentium und juris civilis s. den folgenden §. — i) Auf den Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen (s. unten) bezieht sich die Eintheilung in ordentliche und außerordentliche Verbrechen [8]). — Unter den von dem Gegenstande der Rechtsverletzung hergenommenen Eintheilungen sind mehrere theils schief, wie z. B. die in vera und quasi delicta [9]), in Verbrechen aus Bosheit

---

1) Dies ist der wesentliche Grund, welcher gegen die bisher herkömmlichen Abstufungen spricht und namentlich auch das bair. GB. trifft, das unbedacht dem französ. Vorbilde folgte. Arnold im N. Arch. 1843. S. 252 ff. Es war gutgethan, daß die neueren Gesetzgebungen in Sachsen, Wirtemberg, Hannover, Hessen, Baden ꝛc. das Beispiel mindestens in Beziehung auf „Verbrechen und Vergehen" nicht nachahmten.

2) Mittermaier n. 4. z. F. §. 22 und ob. §. 18 Anm. 4. — Ganz besonders gilt dies von dem östreich. GB., auch dem revidirten, trotz der von Hye S. 51—72 theilweise mit freier Erhebung über den Stoff geführten scharfsinnigen Vertheidigung.

3) vgl. das preuß GB. und den bair. Entw. — s. o. zu §. 18. — Zwar ist auch das französische System nicht über alle Einwendungen erhaben — s. z. B. Jarcke I. 118. n. 13. Mittermaier n. 3. z. F. §. 22. s. aber auch Beseler S. 59 ff. Mittermaier Strafverf. I. S. 27—33. Goldtammer I. 240. II. 710.

4) Heffter §. 10. 28. Zachariä Staatsr. §. 117. Luden Hdb. I. 224. n. 8. N. Arch. II. 486 f.

5) Kleinschrod im A. Arch. V, 3. S. 10. s. aber Grolman §. 29.

6) Martin §. 71. n. 10—12. Ganz veraltet ist der Unterschied von handhafter und übernächtiger That.

7) In ganz anderem Sinne gebraucht diesen Ausdruck Tittmann Hdb. I. §. 47. s. dag. Schröter S. 64. n. 1 und die dort Angeff.

8) Martin §. 70 (21).

9) Tittmann Hdb. I. §. 48. Klein Grundf. §. 65. vgl. Schröter §. 92. n. 2. Salchow Darst. I. S. 16 Note.

und aus Gewinnsucht [1]), in bestimmte (determinirte) und vage (alternative) Verbrechen [2]), in formale und materiale Verbrechen [3]), — theils überflüssig, wie die in einfache und vielfache (zusammengesetzte) Verbrechen [4]). Viele derselben beziehen sich auf spezielle Lehren (s. am betr. Orte), wie die in dolose und kulpose, vollendete und versuchte, gehäufte, wiederholte, fortgesetzte, fortwirkende Verbrechen u. s. f. Dagegen sind in der gedachten Beziehung herauszuheben k) die Eintheilung in del. communia und propria (gemeine und Standesvergehen), je nachdem sie von allen oder nur von Personen, die einem bestimmten Stande angehören, begangen werden können [5]). l) Die in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, welche übrigens sowenig, als die vorige, den Werth einer wahren Eintheilung hat, da vielmehr die Standes-, wie die Unterlassungsverbrechen nur als sehr kleine Bruchtheile des strafrechtlichen Gebiets erscheinen. Schon oben (§. 80. Anm. 1) wurde nämlich gezeigt, daß die Bezeichnung als Unterlassungsverbrechen im eig. Sinne nur denjenigen Delikten gebührt, deren spezifischer Gehalt eben nur in der Nichterfüllung einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift besteht. Eben damit aber fallen die Unterlassungsverbrechen aus dem eigentlich kriminellen Kreise heraus und reihen sich unter die Polizeivergehen ein. Denn [6]) jedes wahre Verbrechen ist als Rechtsverletzung stets die Verletzung eines Prohibitivgesetzes, d. h. des Verbots, das bestimmte Recht weder durch Handeln noch durch Unterlassen zu kränken, — ein Recht, das vor dem Verbot besteht und dessen Konsequenz nur das Verbot ist. Sind nun aber Unterlassungsvergehen wesentlich Verletzungen von Präzeptivgesetzen, so ist bei ihnen das Umgekehrte der Fall: der Begriff des Delikts ist nicht an sich vorhanden, sondern wird erst durch das Gebot, das ein bestimmtes Thun fordert, geschaffen. Eben hierin beruht aber die spezifische Natur des Polizeivergehens. Rechnet man denn die dolose Nichtverhinderung eines Verbrechens [7]) und die Uebertretung der obligatio ad diligentiam bei der culpa ab, da in beiden Fällen der eigentliche verbrecherische Gehalt keineswegs in dem Unterlassen als solchem liegt [8]), so bleiben in der That als

---

1) Tittmann I. §. 47.

2) Feuerbach § 388. Martin §. 69. n. 8. §. 176. Tittmann I. §. 47. Dieser nimmt die Eintheilung als identisch mit der in einfache und vielfache Verbrechen. s. auch Wächter I. §. 63. Andere mit der in formale und materiale. Schröter §. 95. n. 1. s. dag. den eb. Angef. Henke I. 399. 400. Mittermaier n. 1. z. F. §. 161. Bauer §. 33. Wächter II. Vorrede S. X ff.

3) Klein Grundsätze §. 63. Abegg im N. Arch. 1835. S. 391 f. 1850. S. 170. 171. s. dag. Schröter S. 135—137. Henke a. a. O. Luden Hdb. I. 211. n. 11.

4) Martin §. 69. n. 7 und (theilweise abweichend) Bauer §. 33. not. f.

5) Schröter §. 44. Salchow Darst. I. §. 13. s. übrigens Henke Hdb. I. 381. 382. Martin §. 68. vgl. Grolman §. 30. Heffter §. 31. Wenn diese den Begriff der del. propria erweitern, so entsteht nothwendig Verwirrung bei der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. s. §. 93. Anm. 4, §. 99. Anm. 3.

6) Eine Annäherung zum Richtigen findet sich bei Luden Abh. II. 219 f. s. Hdb. I. 212—224. und dag. ob. §. 18. Anm. 3. Ganz verworren ist Mittermaier n. z. F. §. 24.

7) Diese wird meist als Hauptbeispiel eines Unterlassungsverbrechens aufgeführt. Luden Abh. II. 223. n. 1.

8) s. ob. §. 64 f. und 95. vgl. Henke I. 280. Luden a. a. O. S. 247—250. l. 3 §. 4 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. 14 i. f. D. de off. praes. (1. 18).

Fälle von Unterlaſſungsvergehen eben nur eine Reihe von Polizeivergehen und ſolche übrig, welche gleichfalls unter dieſe eingereiht werden müſſen, wie die Nichtanzeige von Verbrechen, resp. die Nichtverhinderung dann, wenn über das durch die Natur der Sache gegebene Maß hinaus Verhinderung zur Pflicht gemacht wird [1]). Daß die Dienſtvergehen, auch wo ſie in bloßer Unterlaſſung ſich äußern, nicht hierher gehören, iſt klar, da hier die Unterlaſſung nur die Form zur Erzeugung eines anderweitig an ſich vorhandenen verbrecheriſchen Inhalts (Verletzung eines Rechts des Staats) bildet [2]). Daſſelbe iſt mit dem ſog. einfachen Ungehorſam der Fall, der eben nur die unterſte Stufe der Delikte gegen die vollziehende Gewalt bildet [3]). — Das Recht früherer Zeiten gieng allerdings in der Aufſtellung von Unterlaſſungsvergehen mehrfach viel weiter, theils wegen Mangelhaftigkeit der polizeilichen Anſtalten, theils wegen ungehöriger Vermiſchung rechtlicher und moraliſcher Begriffe (ſo namentlich das kanon. R.), theils infolge abſolutiſtiſcher Regierungsſyſteme. Ueber die Nichtanzeige, resp. Nichthinderung von Verbrechen ſ. o. Außerdem ſtellte das kanon. Recht allgemein die Pflicht auf, jedem in Gefahr Befindlichen zu helfen, ſoweit es ohne eigene Gefahr geſchehen könne [4]). Auch hievon aber enthält das neuere Recht nur noch wenige Spuren [5]). Im Allgemeinen ſind jetzt die Unterlaſſungsdelikte, wie es ſich gebührt, lediglich unter die Kategorie der Polizeivergehen verwieſen. m) Die Eintheilung in Staats- und Privatverbrechen, resp. gemeingefährliche Verbrechen u. ſ. w. [6]) — welche hier nur kurz erwähnt ſein mag, um die Bemerkung anzuknüpfen, daß die Syſtematiſirung der beſondern Verbrechen bei älteren und neueren Kriminaliſten eine unendlich verſchiedene iſt und daß es ſich nicht der Mühe verlohnt, die Kritik auf ſo zahlloſe Irrwege umherzuſchicken (ſ. den beſ. Theil). Schließlich iſt noch n) in Beziehung auf die Beſonderung mancher Verbrechensgattungen in verſchiedene Arten die Eintheilung in einfache und qualifizirte oder ausgezeichnete (qualifizirte im e. S. — und privilegirte) Verbrechen [7]) her-

---

1) ſ. ob. §. 91. Anm. 4. §. 95. Anm. 1. 2. Henke I. 395 f. Martin §. 77 und im Weſentlichen Luden ſelbſt Abh. II. 236 f. Hdb. I. 217. 218. n. 2. und 3 (beſ. a. E.), der freilich über die Nichtverhinderung theilweiſe anders denkt.

2) A. M. Henke I. 397. Luden noch im Hdb. I. 224. Ueberhaupt faßt er noch immer die Dienſtverbrechen im Ganzen irrig auf, wenn er auch nicht mehr, wie früher, bloße Vertragsverletzungen darin ſieht. eb. S. 222—224. vgl. Abh. I. 468. ſ. dag. Schaffrath Theorie d. allg. Thatbeſt. §. 226.

3) A. M. Luden Hdb. I. 219.

4) Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. vgl. Kaiſerrecht II. 59. üb. das röm. Recht ſ. o. §. 95. Anm. 1.

5) Preuß. LR. II. 20. §. 782. Wirt. Pol.GB. Art. 32.

6) Um von Aelteren, die gar kein Bedürfniß wiſſenſchaftlicher Anordnung hatten, zu ſchweigen, ſ. inzwiſchen Stahler üb. d. Eintheilung der Verbr. ꝛc. 1824. Klein Grundſ. §. 63. Feuerbach §. 23 (vgl. jed. den beſ. Theil). Grolman §. 27. 28. 301. 302. Kleinſchrod ſyſt. Entw. III. §. 132 ff. Martin §. 68. 288 f. Henke I. 385—388. Schröter §. 41 (?). 45. 54 ff. Cucumus im N. Arch. X. 47 f. 205 f. Bauer §. 33. not. a—d. Abegg N. Arch. 1835. S. 367 f. Wächter Lb. II. Vorrede. Mittermaier Noten z. F. §. 161. Luden Hdb. I. 206—211. Rossi traité II. c. 6—9. Hefftter §. 31. 196. Trummer in d. krim. Beitr. III, 2. S. 293 f. Roßhirt Entwickl. S. 506 f.

7) Feuerbach §. 26. Martin §. 70. 71 (?). Wächter I. §. 109. Bauer §. 39.

vorzuheben. — Außer den angeführten kurſiren noch manche andre Eintheilungen der Verbrechen, die auf verſchiedenen Eintheilungsgründen beruhen, aber von keinem wiſſenſchaftlichen Werthe ſind, was freilich auch von den meiſten der bisher angegebenen geſagt werden muß [1]), — ſo z. B. die nach den Strafſyſtemen verſchiedener Zeiten ſehr variable Eintheilung in Kapital- und Nichtkapitalverbrechen, die in Verbrechen gegen urſprüngliche und gegen abgeleitete Rechte, gegen angeborene und gegen erworbene Rechte, gegen Rechte an bedingten oder an bedingenden Gegenſtänden, Verbrechen phyſiſcher und juriſtiſcher Perſonen, gemeingefährliche und individuellgefährliche Verbrechen, natürliche und bürgerliche Verbrechen u. ſ. f.

§. 113.

Da nach allem Bisherigen (§. 112 vgl. §. 12. 14) der Begriff des Verbrechens im e. S. weſentlich auf dem Rechtsbegriff, nicht erſt auf dem ſtrafdrohenden Geſetze beruht, welches nur das auf der beſtimmten Kulturſtufe einer beſtimmten Nationalität für ſtrafwürdig allgemein Anerkannte wirklich als ſtrafbar ausſpricht, ſo kann ſich für ein begangenes Verbrechen Niemand dadurch der Verantwortlichkeit entziehen, daß er behauptet, er habe — wenn auch die Rechtswidrigkeit, doch — die Strafbarkeit der Handlung nicht gekannt, oder gar nur um die Art oder Größe der Strafe nicht gewußt. Aber auch mit der Unkenntniß der Rechtswidrigkeit kann ſich kein Zurechnungsfähiger ſchützen, es ſei denn, daß er einer ganz fremden Nationalität angehörte, der man vermöge ihrer Bildungsſtufe nur ein ſehr mangelhaft entwickeltes Rechtsbewußtſein zutrauen könnte. Denn abgeſehen von einer ſolchen (immer doch nur relativen) Ausnahme ſchließt die Zurechnungsfähigkeit das Bewußtſein des an ſich Rechten und die Kenntniß deſſen, was bei einem beſtimmten Volk zur Zeit als unverbrüchlich gilt, nothwendig in ſich. Bei Verbrechen kann daher Rechtsunwiſſenheit (und daſſelbe gilt vom Rechtsirrthum) weitaus in der Regel nicht entſchuldigen. — Bei bloßen Polizeivergehen ſcheint nun zwar aus demſelben Grunde das Umgekehrte gelten zu müſſen, da dieſe Delikte eben erſt durch die poſitive Satzung ihre Exiſtenz erhalten. Gleichwohl iſt auch bei dieſen der gleiche Satz als Regel feſtzuhalten, weil durch die Publikation des Geſetzes jedem die Möglichkeit und Aufforderung zur Kenntnißnahme gegeben iſt und der Staat die Geltung ſeiner Geſetze nicht von dem guten Willen der Einzelnen, ob ſie Kenntniß nehmen wollen oder nicht, abhängig machen kann. Indeſſen wird die Regel hier weit mehr Ausnahmen leiden müſſen. Immer aber kann nur entweder

1) Feuerbach §. 26. Anm. Grolman §. 29. Jarcke I. 122. Henke I. 380 f. Wächter II. Vorrede.

von Verantwortlichkeit für dolus oder von gar keiner die Rede ſein —: bei Verbrechen deshalb, weil in dieſer Sphäre bei einem überhaupt Zurechnungsfähigen nur ein unvermeidliches, nie aber ein vermeidliches Nichtwiſſen gedacht werden kann, — bei Polizeivergehen dagegen aus dem §. 68. Anm. 3. angef. Grund. N. Rev. §. 159 [1]).

1) Vor Allem ſind hier einige, zur Frage gar nicht gehörige Fälle, deren Hereinziehung nur Verwirrung erzeugen kann, abzuweiſen. a) Der Fall, wenn der Rechtsirrthum nicht das Verbotenſein der Handlung an ſich, ſondern nur faktiſche Umſtände oder andre Rechtsſätze betrifft, ohne deren Kenntniß ein dolus in Beziehung auf das beſtimmte Delikt nicht angenommen werden kann [2]). b) Fälle, wo die Ausſchließung der Strafbarkeit zunächſt nicht durch die Rechtsunwiſſenheit, ſondern durch das Nichtvorhandenſein der kriminellen Zurechnungsfähigkeit begründet wird (wie bei Wildaufgewachſenen, bei Unmündigen in Beziehung auf gewiſſe Verbrechen ꝛc. ſ. §. 51. Anm. 1).

2) Was die Frage ſelbſt betrifft, ſo wurde ſchon früher gezeigt, daß das moderne Recht nicht mehr unmittelbar an das römiſche Recht und die darin vorkommende Unterſcheidung zwiſchen delicta juris gentium (oder juris naturalis) und delicta juris civilis ſich halten könne, daß vielmehr jezt zwiſchen Verbrechen und Polizeivergehen unterſchieden werden müſſe [3]). Bei Verbrechen kann nun aber ihrem Begriffe nach eine Entſchuldigung wegen Rechtsunwiſſenheit nichts helfen (den einzigen ſeltenen Fall ausgenommen, den der §. angiebt) [4]). Das

---

1) Farinac. qu. 90. insp. 2. Pufendorf de J. nat. I. c. 3 sq. Schott de ignor. populi circa poenas. 1787. Glaeser de gratia delinquentib. fac. §. 86. csa. 19. Cremani I, 1. c. 3. §. 3 sq. Quiſtorp §. 47. 48. Püttmann Elem. §. 40. Klein Grundſ. §. 127. G. J. F. Meister princ. §. 116. Kleinſchrod ſyſt. Entw. I. §. 135 ff. Grolman §. 102 a. E. Feuerbach §. 57. 86. n. 1. Salchow Darſt. I. §. 73. Schröter §. 101. 102. Oerſted Grundreg. S. 270—278. Tittmann I. §. 13. 38. Derſ. üb. d. Unterricht d. Volks in d. Strafgeſ. Stelzer üb. d. Willen S. 206 f. Werner Hdb. §. 328 f. Henke I. 331—335. Martin §. 40. n. 1. Wächter I. §. 73. Jarcke I. 137 f. und in Hitzigs Zeitſchr. H. 5. S. 99 f. Abegg S. 145. — Roßhirt im N. Arch. IX. 491 f. XII 53 ff. Entwickl. S. 13 f. 208 f. Birnbaum N. Arch. XI. 101 f. 293 f. und 1836. S. 560 f. Heffter eb. XII. 130 f. 253 f. Lb. §. 55. Marezoll S. 100. 101. Mittermaier im N. Arch. II. 522. 523. not. 2. z. F. §. 57. Bauer §. 38. 128. n. k. Luden Hdb. I. 175—177. 286—289. Berner Wirkungskreis d. Strafgeſ. S. 22 ff. — ſ. noch van Pelt de ignor. et errore in del. (1826). van Maanen de ignorantiae et erroris natura (1793). Donell. Comm. I. c. 17 sq. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. II. 361 f. v. Savigny Syſt. III. 325 f.

2) §. 1 J. de vi bon. rapt. (IV. 2). l. 25 §. 6 D. de hered. petit. (5. 3). l. 36 §. 1. l. 37 D. de usurp. (41. 3). Wächter I. S. 121. Luden Hdb. I. 288. n. 3. N. Rev. S. 618. — vgl. auch l. 9 §. 5 D. de minor. (4. 4). Luden Hdb. I. 287. in Note 2, welcher in l. 16 §. 5. 6 D. de public. (39. 4) mit Recht ein willkührliches Ausnahmegeſetz ſieht. Indeſſen dehnt er den fraglichen Satz viel zu weit aus, ſo S. 246. n. 5 (ebenſo Berner Wirk.kreis S. 34) auf l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5), wo es doch ganz klar heißt: ignarus edicti! — vgl. Hye S. 216—218.

3) N. Rev. S. 614 f. 618 f.

4) Wenn Heffter §. 55 (vgl. Marezoll S. 101. n. 1) auch Wildaufgewachſene ausnimmt, ſo iſt dies ſehr überflüſſig. ſ. Anm. 1. a. E. N. Rev. S. 621.

Gegentheil würde die Konſequenz der Abſchreckungstheorieen fordern; allein es iſt ſchon ob. (§. 73. Anm. 3) gezeigt worden, wie gerade Feuerbach hier die Konſequenz verläugnet und zu einer ſeiner beliebten Präſumtionen gegriffen hat, nämlich zur Präſumtion der Kenntniß der Geſetze. Ueberdies nahm er bei vermeidlicher Unkenntniß culpa an und behauptete, daß bei del. j. naturalis gar keine Entſchuldigung mit Nichtkenntniß anzunehmen ſei [1]). So wußte er die Behauptung zu rechtfertigen, daß ignorantia juris in der Regel nicht entſchuldige (mindeſtens nicht von culpa), zugleich aber den Widerſpruch mit ſeiner Definition des dolus zu beſeitigen. Um ſo weniger vermittelt trat dieſer Widerſpruch bei den Gegnern Feuerbachs hervor, ſofern die Meiſten zwar einerſeits das im §. angegebene Prinzip über den Rechtsirrthum mehr oder minder klar anerkannten, gleichwohl aber die F.'ſche Definition des dolus als Feſſel am Fuße nachſchleppten [2]). — Hievon abgeſehen, iſt nun allerdings das Prinzip der Nichtentſchuldbarkeit der Rechtsunwiſſenheit (oder des Rechtsirrthums) bei Verbrechen im e. S. durchaus feſtzuhalten, und zwar eben nur aus dem im §. angegebenen Grunde [3]). Auch wurde daſſelbe in der That von den deutſchen Kriminaliſten von jeher als die Regel anerkannt, wenn ſie es gleich an mehr oder weniger Ausnahmen nicht fehlen ließen. Sie ſtützten ſich dabei gleich den Italienern [4]) auf das römiſche Recht, da das einheimiſche keinen Anhaltspunkt darbot [5]). Das römiſche Recht aber ſtellte ganz unzweifelhaft die Regel auf, daß Rechtsunwiſſenheit nicht entſchuldige [6]). Gleichwohl machte es gewiſſe Ausnahmen, die ſich an die Unterſcheidung zwiſchen delicta jur. naturalis und civilis (wenn auch nicht als eine techniſche) anſchloßen, Ausnahmen jedoch, die nur gewiſſen Klaſſen von Perſonen (Minderjährigen, Weibern, Soldaten und rusticis) und eben nur bei Verbrechen, die nicht del. j. natur. wären, zu gut kommen ſollten [7]). Indeſſen bleibt es

1) Noch überboten wurde F. von Oerſted Grundreg. S. 270—278. Zahmer ſind Kleinſchrod I. §. 135 f. Salchow Darſt. I. §. 73. Auf Oerſted beruft ſich Bauer Abh. I. 253. f. aber 251—253. 262—264 und 152. 158—160 (ein höchſt verkünſteltes Syſtem voller Widerſprüche).

2) Schröter §. 66. 101. Wächter I. §. 73. Abegg §. 83. u. S. 115. Heffter §. 64. 66. j. §. 55. Marezoll S. 91. 104. j. S. 101. f. ob. §. 73. Anm. 3. Freilich halten ſich die Meiſten zugleich noch an die Feuerbachiſche culpa durch Unwiſſenheit des Geſetzes, bereiten dadurch aber nur weitere Verlegenheit. ſ. unten Anm. 4.

3) Dieſen bringt Berner S. 44. 45 erſt hinterdrein, während er als Hauptmotiv den Grund anführt, der ſpezifiſch für die Rechtsunwiſſenheit bei Polizeivergehen anzuführen iſt.

4) Farinac. qu. 90. nr. 17 sq. 48 sq. 91—108 u. die dort Angef. Freilich wird hier als Regel das Gegentheil aufgeſtellt; aber das Uebergewicht liegt in den Limitationen.

5) Was Heffter N. Arch. XII. 137. 138 (nach ihm Berner 37) aus dem german. Rechte beibringt, iſt höchſt unbedeutend.

6) L. 9 pr. D. de jur. et facti ignor. (22. 6). vgl. l. 12 C. eod. (1. 18). Nov. 66. c. 1 pr. — l. 11 §. 4 D. de his qui not. (3. 2). l. 15 pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 2 C. de in jus voc. (2. 2).

7) L. 38 §. 2. 4. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1 §. 10. l. 4 pr. D. ad Sctm. Turp. (48. 16). l. 1 §. 5 D. de edendo (2. 13). l. 15 §. 4. 5 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 3. 5 C. de his qui sibi adscrib. (9. 23). l. 4 §. 15 D. de R. M. (49. 16). l. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. (2. 15). l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 7 §. 4 D. de jurisdict. (2. 1). l. 2 C. si adv. del.

zweifelhaft, wie weit dieſe Begünſtigungen giengen [1]). (Daß ſie eine Präſumtion für die fraglichen Perſonen enthielten, iſt geradezu in Abrede zu ſtellen.) [2]). Sehr unfruchtbar erſcheint die Bemühung, die Unterſcheidung zwiſchen del. juris naturalis (oder juris gentium) und del. juris civilis als eine techniſche zu fixiren und im Einzelnen durchzuführen [3]). Allein der Grundgedanke ihrer gelegentlichen Beziehung auf die vorliegende Frage lag auch bei den römiſchen Juriſten unfehlbar in der Erwägung, welche faſt ſämmtliche ältere und neuere (ital. und deutſche) Juriſten leitete, wenn ſie annahmen, daß es wenigſtens einen gewiſſen Kreis von Verbrechen gebe, bei welchen um ihrer ganz unzweifelhaften, unter allen Staatsformen ſich gleichbleibenden, jedem Zurechnungsfähigen von Hauſe aus ſich aufdrängenden verbrecheriſchen Natur willen jede Berufung auf Rechtsunwiſſenheit von vorn herein als affektirt, unglaubwürdig und ſchlechthin verwerflich erſcheine, ſo daß die ganze Frage ſich jedenfalls auf das beſchränken müſſe, was die Römer unter del. juris civilis verſtanden (d. h. Delikte, deren Strafbarkeit in den eigenthümlichen Verhältniſſen und Anſichten eines beſtimmten Volks ihren Grund habe) [4]). Wie weit freilich der erſtgedachte Kreis zu ziehen ſei, iſt und war von jeher beſtritten [5]), wobei jedoch wohl in Rechnung zu nehmen iſt, daß diejenigen, welche ihn zu Gunſten des zweiten beſchneiden, in der Regel bei dem letzteren mindeſtens Verantwortlichkeit für culpa annehmen [6]). Auffallen muß aber, daß

(2. 35). Darüber, daß einige andere von Feuerbach und v. Savigny angef. Stellen nichts beweiſen, ſ. Berner S. 29—36. Mit Unrecht will gar keine Ausnahmen im römiſchen Rechte zugeben Luden Hdb. I. 286. n. 2. ſ. aber eb. S. 246. n. 5.

1) Donell. Comm. I. c. 17—23. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. II. 361 f. v. Savigny System III. 325 f. Roßhirt im N. Arch. IX. 515 f. Birnbaum eb. XI. 133 f. 295 f. Hefftter eb. XII. 262—268. Rein S. 214—217.

2) L. 9 pr. D. de j. et f. ignor. (22. 6). l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). l. 2 C. si adv. del. (2. 35).

3) Roßhirt im N. Arch. IX. 507 f. XII. 53 ff. Entwickl. S. 13 f. 210. 211. Birnbaum im N. Arch. XI. 101 f. 293 f. und 1836. S. 560 f. Dirckſen im Rhein. Muſ. I. 39 f. und verm. Schriften I. 241 f. Rein S. 112. 113. Luden Hdb. I. 175—177.

4) A. M. ſind wohl nur Birnbaum und Luden, dem jetzt Berner folgt. ſ. jedoch dieſen S. 36. 37, wornach die Polemik auf ein Minimum von Gewicht zurückſinkt, und höchſtens gegenüber von ſolchen Werth hat, die (wie z. B. Hepp) der modernen Geſetzgebung die Wiederaufnahme der ſchwankenden und zum Mindeſten ganz unpraktiſchen römiſchen Unterſcheidung empfahlen. Ueber mala in se und mala prohibita nach engl. Rechte ſ. Birnbaum N. Arch. XI. 125 ff.

5) Die italieniſche Jurisprudenz näherte ſich der Wahrheit hiebei weit mehr, als großentheils die neuere deutſche. Abgeſehen davon, daß ſie die Rechtsunwiſſenheit in der Regel mindeſtens als culpa lata behandelte (Alciat., Salycet., Carer., Boss. etc.), nahm ſie ſchlechthin keine Entſchuldigung, auch nicht vom dolus, an circa ea quae sunt de jure naturali, gentium aut divino, aber auch ebenſowenig circa ea, quae sunt de jure civili aut statutario notorio et indubitato. Farin. l. c. — Hieraus hätte Berner (S. 28. 29) erſehen können, daß ſich die Bezugnahme auf den Unterſchied zwiſchen del. j. nat. (gentium) und j. civ. bei unſrer Frage nicht erſt von Feuerbach herſchreibt! —

6) Böhmer Med. ad art. 179. n. 12. Kress ad art. 177. reg. 1. n. 2. Cramer Obs. III. 893. Meiſter rechtl. Erk. I. dec. 5. 11. III. dec. 71. n. 45. IV. dec. 95. n. 10. Quiſtorp I. §. 47. 48. (Kurzweg von unverſchuldetem Irrthum

die älteren Juriſten meiſt überhaupt den zweiten Kreis viel enger zogen, als die Mehrzahl der neueren (Farin. und[6] die von ihm Angeführten beſchränken ihn auf das jus civile und statularium, jedoch nur inſoweit es nicht notorium und indubitatum, ſondern dubium oder controversum ſei, wogegen ſchon Böhmer überhaupt die delicta solis legibus positivis determinata anführt, Kleinſchrod ſogar alle Handlungen, die nur nicht nach den erſten Gründen der Vernunft und Sittlichkeit unerlaubt ſeien, während einige ſogar Entſchuldigung wegen Rechtsirrthums im Allgemeinen ohne Unterſchied zulaſſen, ob es ſich von del. j. nat. oder j. civ. handle [1]). Der Grund ſcheint — abgeſehen von der Verwicklung, worein man mit der hergebrachten unrichtigen Definition des dolus gerieth — theils in einer mißverſtandenen Humanität, theils in der immer mehr ſich aufdrängenden Ueberzeugung zu liegen, daß das poſitive gemeine deutſche Recht veraltet und dem Volksbewußtſein entfremdet, und daß in den neueren Geſetzbüchern nicht ſelten etwas zum Verbrechen geſtempelt ſei, von deſſen krimineller Natur der geſunde Menſchenverſtand nichts wiſſe [2]). In der That iſt aber dieſe zunehmende Milde bei den neueren deutſchen Juriſten um ſo auffallender, als das engliſche und franzöſiſche [3]) Recht im Gebiete des eigentlichen Kriminellen ſogar von jener ganzen Unterſcheidung zweier Deliktskreiſe mit praktiſcher Beziehung auf die Rechtsunwiſſenheit nichts wiſſen, vielmehr ganz allgemein die Regel aufſtellen, daß dieſe nicht entſchuldige, resp. Kenntniß der Strafgeſetze zu präſumiren ſei, und hievon nur ganz vereinzelte Ausnahmen zulaſſen. Nimmt man nun vorläufig einmal an, eine moderne Geſetzgebung wiſſe zwiſchen Verbrechen und Polizeivergehen auf genügende Weiſe die Grenze zu ziehen, ſo würde unter dieſer Vorausſetzung ohne Zweifel für erſtere eben nur die gedachte Regel aufzuſtellen ſein [4]), und zwar ohne Unterſchied zwiſchen del. j. nat. und juris civilis, da dieſer für ein gegebenes Volk in Beziehung auf die vorliegende Frage an ſich im Ganzen

---

ſprechen ohne weitere Unterſcheidung Püttmann §. 40, Klein Grundſ. §. 127, Salchow Darſtell. I. §. 73. Schröter §. 101. 107 u. A.) G. J. F. Meister princ. §. 116. Kleinſchrod I. §. 137—139. Grolman §. 13. 102 a. E. Feuerbach §. 86. n. 1. Tittmann I. §. 38. Oerſted Grundreg. S. 272. Henke I. 331—334 (wenigſtens beiläufig). Wächter I. S. 120 unt. Jarcke I, 137 ff. Roßhirt im N. Arch. IX. a. a. O. Heffter eb. XII. 141—147. Abegg S. 145. Bauer §. 38. 128. n. k. Mittermaier n. 2. z. F. §. 57. Marezoll S. 101. n. 1. vgl. Jenull I. 153—156.

1) ſ. Püttmann, Klein, Salchow, Schröter a. a. O. vgl. auch Birnbaum a. a. O. Nur ſcheinbar dag. gehört Meister l. c. hierher, der nur die Frage durch Hereinziehung des Anm. 1. b. angef. Falls verwirrt. Schwarze N. ſächſ. Jb. VI. 46 f. will Geſetzesunkenntniß entſchuldigen laſſen, jedoch nur, wenn auch nicht das Bewußtſein der Rechtswidrigkeit vorhanden ſei; dieſes ſoll aber (S. 52) präſumirt werden!

2) Henke a. a. O. Mittermaier im N. Arch. II. 523. Richtiger würde geſagt, daß die neuen Gbücher das Kriminelle mit dem Polizeiſtrafrechtlichen vermengen.

3) Blackstone IV. c. 2. Stephan-Mühry S. 12. Code civil art. 1. vgl. übrigens Birnbaum im N. Arch. XI. 312—318.

4) vgl. Wächter I. S. 120 unt. und Grolman §. 13. 102 a. E. Nur freilich liegt die Uebereinſtimmung mit dem hier Vorgetragenen bloß in den Worten, da beide Gelehrte dem Begriff des Polizeivergehens einen andern Sinn unterlegen.

indifferent erſcheint [1]) und heutzutage bei dem Stande der europäiſchen Kultur [2]) vollends verſchwindet. Die allgemeine Ausnahme, die noch wohl für den Fall gemacht wird, wenn ein Geſetz ausdrücklich wiſſentliche Uebertretung fordere [3]), iſt jedenfalls ganz unſtichhaltig. Denn, wollte man ſie auf das Gebiet der Verbrechen im e. S. beziehen, ſo würde ſie die Regel faſt geradezu aufheben, da die meiſten derſelben nur dolo begangen werden können. Bezieht man ſie aber auf Polizeivergehen, was allein Sinn hat, ſo ſtehen wieder andere Gründe entgegen (ſ. die folg. Anm. [4]). Indeſſen läßt ſich bei dem gegenwärtigen Stande der deutſchen Geſetzgebung, welche es an der gedachten Vorausſetzung noch großentheils mangeln läßt, das richtige Prinzip vorerſt nur als wiſſenſchaftliche Forderung aufſtellen. — Allgemein einverſtanden iſt man übrigens neuerdings (freilich mehrfach auf Koſten der Konſequenz) wenigſtens darüber, daß bloße Unbekanntſchaft mit der Art oder Größe des Strafübels in keinem Falle zur Entſchuldigung gereichen könne [5]). — Dagegen begnügen ſich Manche nicht mit der im §. hinſichtlich eines einer fremdartigen, barbariſchen Nationalität Angehörigen zugelaſſenen Ausnahme, ſondern ſtellen für Ausländer überhaupt (wenigſtens hinſichtlich der del. j. civ., vom jus commune abweichender ſtatutariſchen Geſetze ꝛc.) mehr oder weniger Begünſtigungen auf [6]).

3) In Beziehung auf Polizeivergehen iſt der Grund derſelben Regel ein andrer, — den aber freilich Viele unrichtiger Weiſe für die Verbrechen anführen [7]), für welche er mindeſtens nur ſekundär gilt. Andrerſeits kann man auch bei der Mehrzahl der Polizeivergehen ohne Zweifel mit vollem Recht neben-

---

1) Luden Hdb. I. 177. Was das römiſche Recht betrifft, ſo iſt der große Unterſchied des antiken jus gentium von der heutigen europäiſchen Rechtsgemeinſchaft, es iſt der Umſtand, daß unter den del. j. civ. jedenfalls auch das, was heutzutage als Polizeivergehen erſcheint, mitbegriffen war, es iſt endlich in Betracht zu ziehen, daß die dort den Weibern, Soldaten und rustici eingeräumten Begünſtigungen heutzutage ihren Boden verloren haben. ſ. auch Trefurt N. Arch. 1838. S. 283—286.

2) ſ. vor. Note und Berner S. 44. 45. beſ. aber Arnold im N. Arch. 1843. S. 524 ff. und die neuen bair. Mot. z. Art. 60.

3) Wächter a. a. O. Hefftter N. Arch. XII. 149 f. ſ. ſchon Donell I. c. 22. §. 7. 11.

4) Schief iſt übrigens, was Roßhirt N. Arch. IX. 495 gegen Wächter einwendet. Gegen die mißbräuchliche Benützung der l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5) bei Wächter ſ. auch Luden Hdb. I. 286. n. 2, der aber freilich die Stelle in andrer Weiſe mißverſteht. ſ. Anm. 1.

5) A. M. Böhmer ad Carpz. qu. 76. obs. 6 und med. ad art. 179. §. 12. Hommel rhaps. 677. Koch instit. §. 152. Meiſter rechtl. Erk. IV. dec. 95. n. 10. G. J. F. Meister princ. §. 116. Struben rechtl. Bed. II. 113. IV. 28. Quiſtorp I. §. 47. Leyser Spec. 289. med. 6. Hefftter im N. Arch. XII. 256—258. ſ. jed. Lb. §. 55. n. 7. Ueber die frühere Wirt. Praxis Hufnagel I. 215 Note.

6) Clarus V. qu. 85. n. 3 sq. Mevius ad jus Lubec. qu. praelim. 4. n. 21. vgl. Böhmer de del. extra territ. comm. §. 15 sq. Selchow Rechtsfälle IV. nr. 130. Schott de vi legum civ. in subditos tempor. Quiſtorp I. §. 48. Kleinſchrod I. §. 138. Henke I. 334. Birnbaum im N. Arch. XI. 318 f. (doch in ſehr beſchränkter Weiſe), Hefftter eb. XII. 268—270. Cremani I. c. 3. §. 9. Renazzi I. c. 8. §. 5. — ſ. dag. Grotius II, 9. §. 26. 11 §. 5. nr. 2. Oerſted Grundreg. S. 274. Tittmann I. §. 13. not. u. Roßhirt im N. Arch. IX. 520. 521.

7) ſ. beſ. Feuerbach, Tittmann, Oerſted, Martin, Berner ꝛc.

bei auch den ad Anm. 2) herrſchenden Grund wenigſtens inſoweit geltend machen, daß man ſagen darf, es könne keinem Zurechnungsfähigen, in europäiſchen Sitten Aufgewachſenen zugetraut werden, nicht bedacht zu haben, daß die betreffende Handlung als gefährliche oder dem öffentlichen Anſtand verletzende unfehlbar polizeilich verpönt ſein werde [1]). Gleichwohl liegt es in der Natur der Polizeivergehen, daß hier ſelbſt bei Staatsangehörigen, und noch mehr bei Auswärtigen, Ausnahmen von der Regel in weiterem Umfange zugelaſſen werden müſſen, wie denn auch alle Schriftſteller, die überhaupt in Beziehung auf ignor. jur. zwei Gattungen von Delikten unterſcheiden, die Polizeivergehen regelmäßig zu den del. j. civilis oder dgl. rechnen [2]).

4) Wo nun keine völlige Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß Platz greift, da fragt ſich, ob der Handelnde wegen dolus zu beſtrafen oder ob auch eine kulpoſe Rechtsunwiſſenheit zu ſtatuiren ſei? Letzteres wird von ſehr Vielen angenommen [3]) (wenn auch manchmal nur in Beziehung auf die delicta j. civ.). Dagegen giebt es auch einige, die es verwerfen [4]). In der Sache haben die Letzteren Recht, wenn auch nicht in der Begründung, die beſonders bei Oerſted voll eingeſtandener Inkonſequenz iſt und auf Machtſprüchen beruht [5]). Bei Verbrechen liegt der Grund eben wieder nur in ihrer Natur ſelbſt, welche jedem Zurechnungsfähigen, der das Alter der kriminellen Verantwortlichkeit erreicht hat, bekannt ſein muß, ſo daß die Einrede der Unwiſſenheit hier nur entweder (in dem im §. angef. Ausnahmsfall) völlig entſchuldigen kann, oder als affektirt und gänzlich verwerflich erſcheinen muß [6]). Bei Polizeivergehen iſt eine ver-

---

1) ſo beſ. die Unvorſichtigkeit mit Feuer, Waffen, Gift, ſittenpolizeilicher Unfug u. dgl. Hefftter N. Arch. XII. 148. 259. Und zwar gilt dies nicht nur für Staatsangehörige, ſondern auch für Ausländer, beſonders in Fällen, wo irgend eine Rückſicht es dieſen vorzüglich nahe legt, ſich mit den Landesgeſetzen bekannt zu machen. Quiſtorp I. §. 48. Roßhirt N. Arch. IX. 521. Hefftter eb. XII. 269. 270. Oerſted a. a. O.

2) Feuerbach §. 86. n. 1. Grolman §. 102 a. E. Wächter I. S. 120. unt. Roßhirt N. Arch. IX. 515. Entw. S. 209. Henke I. 333. 334. Mittermaier N. Arch. X. 574—576. A. M. Kleinſchrod I. §. 139. Birnbaum N. Arch. XI. 326 und in anderer Weiſe Berner S. 45—48.

3) ſ. ſchon Farinac. qu. 90. n. 95. 96 und die dort Angeff. Böhmer med. ad art. 179. §. 12. Aeltere deutſche Schriftſteller ſprachen, unter Vermeidung der Begriffe von dolus und culpa oft nur von Strafmilderungen, ſo Quiſtorp I. §. 47—49 (bei vermeidlichem Irrthum nimmt er aber, wie es ſcheint, doch immer dolus an). G. J. F. Meister princ. §. 116. Salchow Darſtellung I. §. 73. — ſ. aber beſ. Kleinſchrod I. §. 135 f. Schröter §. 101. 102. Feuerbach §. 57. Henke I. 331 f. Roßhirt Entw. S. 211. Abegg S. 145. Hefftter in der oft angef. Abh. Bauer Abh. I. 253. ſ. aber auch S. 159. 160. Marezoll S. 100.

4) Oerſted a. a. O., dem Wächter, Martin u. A. beiſtimmen; ſ. auch Jarcke und Luden a. a. O. Bei letzterem iſt freilich die Sache von geringerer Bedeutung, da er die culpa überhaupt nur in der Form der luxuria kennt. Uebrigens ſind die Behauptungen im Hdb. I. 246 ob. (S. 286) u. S. 262 ſchwer zu vereinigen! Rossi II. c. 22.

5) N. Rev. S. 624 ff.

6) Sekundär führt dieſen Grund auch Oerſted S. 272 an. ſ. auch Schwarze a. a. O. S. 48. 49. vgl. N. Rev. S. 620. In der praktiſchen Anwendung würde die gegentheilige Anſicht jedenfalls nur auf ein enges Gebiet zuſammenſchrumpfen, da die meiſten Verbrechen nur dolo begangen werden können. Wollte man ſie aber gleichwohl auch

meidliche Unwiſſenheit allerdings denkbar. Allein theils iſt es unrichtig, dieſe unter den Begriff der culpa zu ſubſumiren, theils tritt hier ein andrer Grund ein, warum das vermeidliche Nichtwiſſen dem poſitiven Ungehorſam im Allgemeinen (bei relativ beſtimmten Strafen wäre allerdings ein Unterſchied zu machen) gleichgeſtellt wird. ſ. §. 68. Anm. 3 [1]).

5) Beſonders iſt noch die Frage beſtritten, wie der Fall zu behandeln ſei, wenn der Handelnde zwar das betr. Strafgeſetz (resp. die Unerlaubtheit der Handlung in genere) gekannt zu haben zugiebt, aber nicht gewußt haben will, daß ſeine Handlung in specie hierunter zu ſubſumiren ſei? [2]) — In der Regel wird dieſe Unwiſſenheit als eine affektirte erſcheinen, da die Kenntniß des Allgemeinen (des Geſetzes) nothwendig auch die Beſonderheiten, die es enthält (die Fälle der Anwendung des Geſetzes) in ſich ſchließt. Allerdings giebt es nun auch im Strafrecht manche beſtrittene Fälle, von denen es in der Wiſſenſchaft zweifelhaft iſt, ob ſie noch unter ein beſtimmtes Verbrechensgenus gehören? [3]) Allein gerade die Zweifelhaftigkeit ſolcher Fälle fordert den Handelnden doppelt zur Vorſicht, zur Bezähmung ſeines Kitzels auf. Handelt er gleichwohl ſeinem ſubjektiven Meinen und Belieben gemäß, ſo liegt für die Wiſſenſchaft kein Grund vor, wegen einer ſolchen, einen eventuellen dolus (zum mindeſten die höchſte luxuria) in ſich ſchließenden Selbſtüberhebung [4]) von der Regel abzuweichen. Eine ſichere Grenze für Ausnahmen ließe ſich in keinem Falle ziehen. Wo daher nicht ſchon ohnedies wegen Affekts oder dgl. mit der Strafe herabzugehen iſt, kann hier nur die Begnadigung aushelfen [5]).

6) Was die Geſetzgebung betrifft, ſo ſchneiden die Theresiana und der C. Maxim. bei del. j. natur. alle Entſchuldigung ab [6]). Bei del. j. civilis läßt erſtere nie völlige, wohl aber, — wenn die Unwiſſenheit nicht gar ſchuldhaft ſei, — wenigſtens Entſchuldigung von der poena ordin. zu. Der letztere da-

---

bei dieſen geltend machen, wie es allerdings im Sinne einiger Kriminaliſten zu liegen ſcheint, ſo würde eben einfacher Unſinn herauskommen.

1) Gewöhnlich wird der Satz ſelbſt richtig aufgeſtellt, aber meiſt mit ſchiefer Begründung. G. J. F. Meister princ. §. 116. not. b. Hefftter a. a. O. S. 148. ſ. übr. auch Lb. §. 67. not. 5 a. E. Oerſted S. 273. Roßhirt Entw. S. 211. Kuhn Polizeiſtrafrecht S. 67 f. Baumeiſter Bemerk. 1. S. 12. 22. Hélie VIII. 276—278.

2) Quiſtorp I. §. 49 vermengt die Frage mit einer ganz andern; indeſſen iſt ſoviel erſichtlich, daß er nur die Alternative zwiſchen doloſer oder gar keiner Verantwortlichkeit zulaſſen will. Entſchieden für doloſe Verantwortlichkeit ſprechen Oerſted S. 276 u. Luden Hdb. I. 289. n. 4. Für gänzliche Entſchuldigung ſcheint Wächter I. S. 121 zu ſein (in der N. Rev. S. 625 war dies anders aufgefaßt). Dagegen laſſen Zurechnung zur culpa offen Jenull I. 149. Henke I. 330. 331. Hefftter N. Arch. XII. 147. 149—151. Ungenau ſind Bauer Abh. I. 253. f. 262—264. Schwarze a. a. O.

3) ſ. beſ. Hefftter a. a. O. und ſchon die ital. Juriſten bei Farinac. l. c. n. 102—104.

4) Kleinſchrod I. §. 141—143. Henke I. 331. ſ. auch Hefftter ſelbſt S. 150. 151 und Luden Hdb. I. 248 Note.

5) vgl. N. Rev. S. 625. 626 und Arnold im N. Arch. 1843. S. 527.

6) Die Theres. I. Art. 11. §. 9 ſpricht ſich hierüber klarer aus, als der C. Max. I. c. 1 §. 31. ſ. aber die Anm. z. §. 31. a. (wo freilich mit Berufung auf Kress, Leyser ꝛc. ſelbſt in capitibus juris nat. magis abstrusis et intricatis die ignor. jur. bei einfältigen Leuten als Milderungsgrund zugelaſſen wird).

gegen ſagt: „Unwiſſenheit in Sachen, welche von Rechtswegen zu ignoriren erlaubt iſt, entſchuldiget, wo nicht von aller, doch von der Ordinariſtraff“ [1]). Das preuß. LR. (Einl. §. 12. 13) ſtellt allgemein die Vermuthung der Geſetzeskenntniß auf, läßt aber Entſchuldigung zu, wenn bisher gleichgiltige Handlungen durch Strafgeſetze verboten oder eingeſchränkt worden ſeien. Genauer aber heißt es ſpäter [2]): eine abſichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatſicherheit könne durch die Unwiſſenheit der Geſetze nicht entſchuldigt werden; ſonſt treffe die Strenge der Geſetze nur den, welcher das Strafgeſetz zu wiſſen ſchuldig und im Stande geweſen ſei. In allen dieſen Geſetzgebungen ſchloß man ſich alſo unbefangen der herkömmlichen gemeinrechtlichen Theorie und ihrer Scheidung von zwei Kreiſen von Delikten an, nur daß das Allg. LR. dem Begriff der del. j. natur. einen andern aus naturrechtlicher Abſtraktion gewonnenen unterſchob [3]). — Am nächſten ſchließen ſich dieſen Geſetzgebungen [4]) die ſächſiſche, wirtembergiſche und hannövriſche an. Zwar ließe das ſächſ. GB. Art 68 (j. Art. 31) den Schluß zu, daß Nichtkenntniß der Strafbarkeit überhaupt immer — mindeſtens vom dolus — entſchuldigen ſolle [5]). Allein das GB. muß aus dem Geſ. 6. Sept. 1834 ergänzt werden [6]), wornach die Praxis unbedenklich die gewöhnliche gemeinrechtliche Unterſcheidung von del. j. nat. und j. civ. in der Weiſe in Anwendung bringt, daß bei letzteren Entſchuldigung angenommen wird, wenn man keine Rechtsbelehrung erhalten konnte (und zwar auch im Fall der Anm. 5) [7]). Eben dies iſt der Sinn des wirt. GBs. Art. 99 [8]), und des hannövriſchen Art. 84, nr. 6 [9]), je nach der Auslegung. Letzteres enthält noch einen beſondern Strafminderungsgrund für Ausländer, die ſich erſt kurz in Hann. aufhalten und eine Handlung begehen, die in ihrem Vaterlande nicht mit Strafe bedroht iſt. Daß bloße Unbekanntſchaft mit der Art oder Größe der Strafe nichts ausmache, ſagen alle drei Gbücher deutlich [10]), wogegen ſie über die Behandlung der verſchuldeten Unwiſſenheit (ob dolus od. culpa anzunehmen ſei?) ſich nicht ausſprechen [11]). — Die Beſtimmung des hannövr. GBs.

---

1) Dazu ſagen die Anm., daß ignor. jur. bei del. j. civ. nur von denen vorgeſchützt werden könne, quibus jus ignorare licet. Offenbar iſt daher hier die Theorie zum Geſetz erhoben, welche nach Berners Meinung erſt von Feuerbach eingeführt ſein ſoll!

2) II, 20. §. 10. 11. vgl. Jarcke in Hitzigs Zeitſchr. H. 5. S. 103. 104. Sehr ungenau iſt Mittermaier n. 2. z. F. §. 57.

3) Ob und in wieweit gänzliche Entſchuldigung ſtattfinden könne, ſagt weder der C. Max., noch das Allg. LR. mit Beſtimmtheit.

4) Unrichtige Abſtraktionen ſ. bei Häberlin I. 5. 28, dem Berner S. 39 folgt. Ungenügend ſind auch die Anführungen bei Luden I. 216. n. 5.

5) Den entgegengeſetzten Schluß zieht daraus Breidenbach I. 1. S. 554. n. 3.

6) Krug Studien I. S. 138. 139. Weiß S. 293. nr. 2.

7) N. Jahrb. 1845. S. 478. 479. Schwarze eb. VI. 50. 51. (j. 48?). ſ. aber auch Weiß a. a. O. not. 1. vgl. N. Jahrb. VI. 306. 307.

8) vgl. Mot. S. 56. Hufnagel I. 214–216. vgl. jedoch III. 637. 638. 653. 657 ff., wornach die Praxis in der Entſchuldigung hie und da noch weiter geht.

9) Leonhardt I. 361 legt es wenigſtens ſo aus. vgl. aber Schlüter S. 68. n. 25. 26, welcher die Beſchränkung auf del. j. civ. nicht macht, dag. den Fall der Anm. 5 ausdrücklich als unter dem Geſetz mitbegriffen erwähnt.

10) Sächſ. GB. Art. 68. Wirt. Art. 55 (jetzt als Geſetz weggefallen). Hannövr. Art. 41.

11) ſ. freilich Hepp Komm. I. 692. n. 2 (?). dag. N. Rev. S. 624.

iſt aus dem bairiſchen Art. 121 entnommen. Allein es iſt höchſt oberflächlich und unrichtig, wenn man meint, auch das bair. GB. ſei der Entſchuldigung mit Rechtsunwiſſenheit (wie das hannövr.) günſtig [1]). Denn der Art. 121 wird ebenſo, wie in andrer Richtung der Art. 39, nichtsſagend durch den Art. 71, der die Entſchuldigung mit Rechtsunwiſſenheit nur den Unzurechnungsfähigen (Blödſinn, große Dummheit und andre dgl. Gemüthsfehler) zu gut kommen läßt [2]). Da dieſe Ausnahme nun in Wahrheit gar keine iſt (Anm. 1), ſo gehört das bairiſche GB. vielmehr in Eine Klaſſe mit dem öſtreich. (§. 3) [3]), dem braunſchw. §. 31 [4]), heſſ. Art. 41 [5]), bad. §. 73 [6]) und thüring. Art. 63, welche ſämmtlich für die im StrafGB. enthaltenen Delikte die Entſchuldigung mit Rechtsunwiſſenheit geradezu und völlig abſchneiden. Eben dies gilt auch nach neuem preußiſchem Recht, wo in dieſem Sinne gar keine Beſtimmung über Rechtsunwiſſenheit in das GB. aufgenommen worden iſt [7]) (daher hier die Regel auch auf die bloßen Uebertretungen bezogen werden muß [8]), was im öſtr. GB. (1852) im Art. 233 für Vergehen und Uebertretungen ausdrücklich ausgeſprochen iſt) [9]). Auf denſelben Standpunkt ſtellen ſich auch die neuen Entwürfe für Baiern Art. 60 und Sachſen Art. 92 [10]).

7) Es iſt wohl auch, um Berufungen auf Rechtsunwiſſenheit möglichſt abzuſchneiden, der Vorſchlag gemacht worden, die Belehrung über die Strafgeſetze unter die Gegenſtände des Unterrichts in den Elementarſchulen aufzunehmen [11]). Der Vorſchlag erſcheint jedoch nach dem in Anm. 2. Ausgef. als überflüſſig [12]).

---

1) ſo z. B. Jarcke I. 142. Breidenbach I. 1. S. 555. n. 3. Hefſter N. Arch. XII. 140. Häberlin I. 28 (resp. Berner S. 39).

2) vgl. Feuerbach §. 90. not. 3—5. 13. Arnold im N. Arch. 1843. S. 522—527.

3) Jenull I. 149. 150. 152—156. Hye S. 184. 214—218.

4) ſ. jedoch Breym. S. 195, wo unter Hinweiſung auf §. 60. 66. nr. 1 geſagt iſt, daß unter Umſtänden, namentlich bei Ausländern, ein Strafminderungsgrund Platz greifen könne.

5) Breidenbach I. 1. S. 551—564 (ſ. beſ. die richtige Ausführung gegen die Annahme einer Zurechnung verſchuldeter Unwiſſenheit zur culpa).

6) Thilo S. 110 (ſ. hier beſ. über die Gründe, warum die vorgeſchlagenen Ausnahmen wieder aufgegeben wurden).

7) Beſeler S. 196. Goldtammer I. 377—379. 434. (A. M. Hye S. 218 Note *.)

8) vgl. Goldtammer II. 709. 710.

9) Für Ausländer iſt §. 234, 1 daſſelbe vorgeſchrieben, falls ſie in Oeſtreich ſich eines Verbrechens oder einer Uebertretung ſchuldig machen.

10) vgl. Motive S. 161. Höchſt auffallend iſt, daß ein Irrthum in anderweitigen Rechtsgrundſätzen, die bei der Handlung in Betracht kommen, — ſ. Anm. 1. a) — nach Art. 94 nur als Strafmilderungsgrund wirken ſoll.

11) Tittmann üb. den Unterricht des Volks in den Strafgeſ. auf Schulen. 1799. Bauer Abh. I. 158. (Dieſer ſtellt den Elementarſchülern die Soldaten an die Seite).

12) ſ. auch Jarcke I. 141. n. 14.

Zweiter Theil.

Die Strafe und ihre Surrogate.

[§. 114. 115.]

§. 114.

Alles Unrecht, hiemit zumeiſt das Verbrechen, als höchſte Stufe deſſelben, iſt ein in ſich Nichtiges und deshalb ſchlechthin *Wiederaufzuhebendes* (§. 1—3). Wie aber das Verbrechen ſelbſt zwei weſentliche Momente hat, ein objektives (als Verletzung des im Staate geſetzten Rechts §. 5 ff.) und ein ſubjektives (als ſchuldvolle, das Recht mit Wiſſen und Willen verletzende Handlung eines Menſchen §. 38 ff.), ſo muß auch die angemeſſene Wiederaufhebung deſſelben zwei entſprechende Seiten haben, — *objektiv* die Wiederherſtellung des verletzten Rechts, *ſubjektiv* die Tilgung der verbrecheriſchen Schuld. Dieſe adäquate Tilgung des Verbrechens vollzieht ſich A) durch die *Strafe*. Da nun aber dieſe weſentlich bedingt iſt durch das irdiſche Daſein des ſchuldigen Individuums, ſo fällt ebenſo ihre Möglichkeit (auf ſubjektiver) wie ihre Nothwendigkeit (auf objektiver Seite) hinweg B) durch den *Tod* des Verbrechers. — Bleibt aber auch der Verbrecher am Leben, ſo tritt anſtatt der Strafe, als ſowohl objektiv wie ſubjektiv das Verbrechen tilgend, die unendliche Macht der Zeit ein C) in der *Verjährung*. N. Rev. §. 4—6. 10—13. 160—165. 197. 216. 217.

Erſtes Kapitel.

Die Strafe.

§. 115.

Dem Begriffe des Verbrechens gemäß (§. 112) ergiebt ſich als angemeſſene, weil beiden weſentlichen Seiten entſprechende Wiederaufhebung deſſelben die *Strafe*. Eben hieraus konſtituirt ſich 1) ihr *Begriff*. Aus beiden Momenten laſſen ſich aber 2) verſchiedene *Zwecke* der Strafe ableiten, welche — abſtrakt aufgefaßt — mannigfach mit einander kollidiren. Aus der Rückbeziehung dieſer vielfach

auseinanderlaufenden Zwecke auf den Begriff ergiebt ſich jedoch 3) das Prinzip für die Strafe im e. S., d. h. für die vom Staat ausgehende, auf Verbrechen im e. S. ſich beziehende Strafe. N. Rev. §. 197.

Erſter Abſchnitt.

Begriff der Strafe.

§. 116.

Die Strafe enthält a) die objektive Wiederherſtellung des Rechts aus ſeiner Verletzung. Darin liegt ihre abſtrakte Gerechtigkeit und abſolute Nothwendigkeit. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in ſich Nichtige, auch wirklich als ſolches aufgewieſen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wiederaufgehoben werde. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte (§. 3) wird dieſe Forderung durch den Entſchädigungszwang erfüllt. Denn der Gegenſtand der Verletzung iſt hier nicht das Recht als ſolches (der Subſtanz nach), ſondern das Unrecht liegt nur in einer irrigen Subſumtion des beſonderen Intereſſes unter den an ſich in ſeiner abſoluten Geltung anerkannten Rechtsbegriff. Ein Unrecht liegt auch hierin, weil immer ein Recht verletzt oder mit Verletzung bedroht iſt und zwar mit dem Willen der betreffenden Perſon, die ſich nur des Widerſpruchs ihres Anſpruchs mit dem an ſich anerkannten Rechte nicht bewußt iſt oder dieſen Widerſpruch wenigſtens vor ſich ſelbſt verläugnet. Da aber das Unrecht hier unbewußt und unbefangen iſt, ſo wird daſſelbe völlig gut gemacht, wenn der betreffenden Perſon das Irrige ihrer Vorausſetzung aufgewieſen und ſie infolge davon angehalten wird, den ſtreitigen Gegenſtand oder ſeinen Werth zu reſtituiren. Dagegen kann die im Verbrechen liegende Verletzung der Subſtanz des Rechts (§. 6) durch die etwa mögliche (u. betr. Falls nothwendige) Reſtitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da ſie weit über dieſe hinausgeht, abgeſehen davon, daß in vielen Fällen eine ſolche Entſchädigung unmöglich wäre. Hier handelt es ſich ſtets um eine grundſätzliche Verletzung des Rechts, um einen Angriff auf daſſelbe in ſeinem innerſten Kern und Weſen, mithin um ein Unrecht, das im Wiſſen und Willen des Handelnden liegt. Da nun das ſpezifiſche Unrecht beim Verbrechen eben nur in dieſem Willen liegt, ſo folgt, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens ſich am Willen des Verbrechers vollziehen, in einem Zwange gegen dieſen Willen beſtehen muß. N. Rev. §. 198 [1]).

1) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 18—21. Abegg §. 4.

Durch das im §. als wesentlich angegebene Moment der Strafe: objektive Genugthuung für das verletzte Recht, — Ausgleichung der durch den Rechtsbruch erzeugten Rechtsungleichheit, — und zwar in einer über den einfachen Schadensersatz hinausgehenden Weise, rechtfertigen sich auch die an sich unreifen Formen des Strafrechts: Privatrache und Privatstrafe [1]). Erstere ist eben nur der naive Ausdruck des abstrakten Prinzips der absoluten Nothwendigkeit der Wiederaufhebung des Unrechts, den maßgebenden Begriff des Schadensersatzes unendlich überflügelnd. Wenn aber vorgerückte Bildung eben durch die Zugrundlegung des letzteren in der Privatstrafe (Buße) die rohe Maßlosigkeit der Rache zu mäßigen sucht, so geht doch die Privatstrafe in dem Begriff des Schadensersatzes keineswegs auf. Die römischrechtlichen Privatstrafen, abgesehen vom Verlust einzelner Rechte und Sachen, bestehen in dem Verlust einer Quote des Vermögens überhaupt [2]), oder wenigstens in einem Mehrfachen des Schadensersatzes [3]). Ebensowenig ist die germanische Buße bloßer Schadensersatz [4]). Selbst die germanische Privatrache hat durch ihren Zusammenhang mit dem Begriff des Friedens, des Friedensbruchs und der Friedloslegung ein öffentlichrechtliches Moment an sich; aber auch neben der Buße geht einerseits das Friedensgeld, andrerseits das capitale her, und statt der Buße, wenn der Verbrecher sie nicht zahlen will oder kann, tritt eben wieder Friedlosigkeit — und in späterer Zeit sogar geradezu öffentliche Strafe ein [5]). Immer ist aber natürlich in der Form der Rache und der Privatstrafe der Begriff der Strafe durch privatrechtliche, oft fast überwältigende Momente getrübt.

§. 117.

Diese objektive Genugthuung für das verletzte Recht enthält nur erst den abstrakten Akt der Gerechtigkeit, die Nichtigerklärung des verbrecherischen Willens an sich. Der Begriff der Strafe muß aber ebensowohl b) die Tilgung der verbrecherischen Schuld in sich schließen (§. 114), d. h. eine Beziehung auf das Innere des Verbrechers haben, zu seiner Abschreckung von weiteren Verbrechen, zu seiner Besserung dienen. N. Rev. §. 199 [6]) vgl. 160—165.

Die Strafe in der reinen Form der (sowohl Abschreckung als Besserung, aber nur im Keim in sich schließenden) Züchtigung findet sich nur in patriarchali-

---

1) s. das römische Recht (vindicta privata in der ältesten Zeit, und das Privatstrafrecht — in freilich immer fortschreitender prinzipieller Abschwächung — bis in die letzte Zeit herab) und das germanische, ja noch das deutsche Recht (Rache, Buße, demüthigende Strafen, — in einzelnen Resten noch bis in's 19. Jh. herab).

2) s. z. B. l. 11 C. de repud. (5. 17).

3) s. z. B. §. 18. 19. 25. 26. J. de action. (IV. 6). Ueber actiones poenae nomine conceptae s. Cujaz. obs. 24. c. 18. u. die Bemerkung von Hefftter §. 179.

4) Wilda S. 314 ff.

5) s. meinen Art. in d. Zeitschr. f. DR. XIV. 367 ff. Ueber die Strafen des Widerrufs, der Abbitte und Ehrenerklärung sind die Ansichten freilich sehr verschieden, da sie einige für Privat-, andre für relativ öffentliche Strafen ansehen, einige sogar bloß den Begriff des Schadensersatzes darin finden wollen. Wächter II. §. 156. n. 95.

6) Hier ist unrichtig die Wirkung auf Dritte mit berührt.

ſchen, noch auf dem Standpunkte der Familie ſtehenden Saaten [1]). Als Moment kommt dieſe Auffaſſung aber auch auf höheren Entwicklungsſtufen vor [2]); ja, da ſie ſowohl die objektive wie die ſubjektive Seite der Strafe, die Genugthuung für das Verbrochene und die pädagogiſche Tendenz, zugleich in ſich ſchließt, kann man ſie die Wurzel auch des völlig entwickelten Strafrechts nennen. Was dagegen die beiden ſubjektiven Tendenzen betrifft, welche in dem Begriffe der Züchtigung liegen, ſo iſt die der Abſchreckung [3]) in dem weltlichen Strafrechte aller Zeiten nur zu oft mit mehr oder weniger einſeitiger Schroffheit aufgetreten (in der Regel freilich in Form der Generalprävention). Die der Beſſerung iſt als vorwiegende Maxime im kanon. Recht zur Geltung gebracht worden [4]). Als ſpezifiſcher Geſichtspunkt für die Einrichtung der Strafe aber tritt die pädagogiſche Tendenz im Ganzen nicht in dem Strafrechte des Staats, ſondern in dem der Familie, der Schule und der Kirche (§. 26) auf. Auch paßt ſie in abſtrakter Auffaſſung eben nur hiefür, da ſie, einſeitig feſtgehalten, das Strafrecht auf das Gebiet der Moral verſetzt.

§. 118.

Dieſe ſubjektive Beziehung der Strafe (§. 117) würde jedoch, für ſich feſtgehalten, die Strafe zu einer allgemeinen Reaktion gegen die geſammte Subjektivität des Verbrechers verflüchtigen. Da aber die Strafe im e. S. durch das Verbrechen, d. h. durch eine beſtimmte Handlung bedingt iſt, ſo darf auch die ſubjektive Beziehung der Strafe nicht über das Maß der beſtimmten verbrecheriſchen Handlung hinaus ſich geltend machen. Sie darf alſo nur als Modalität innerhalb des objektiven Moments (§. 116) wirkſam werden. Es ergiebt ſich daher c) als Maß für die Strafe die Größe des begangenen Verbrechens, d. h. der verbrecheriſche Wille iſt in demſelben Umfange und in derſelben Intenſität einem Zwange zu unterwerfen, in welchem er dem im Geſetz ausgeſprochenen allgemeinen Willen Zwang angethan hat. Dieſer Zwang gegen den verbrecheriſchen Willen in dem Maße, welches er ſelbſt durch die verbrecheriſche Handlung aufgeſtellt hat, iſt eben nur die Selbſtdarſtellung ſeiner Nichtigkeit und erſcheint

---

1) Henke I. §. 6. und theilweiſe (ſ. N. Rev. S. 629. n. 1) Abegg Strafrechtstheorieen. S. 20—23.

2) Im römiſchen Recht jedoch (mit Recht) vornämlich nur beim Strafrecht der Familie und ſeinem öffentl.rechtlichen Surrogat. l. 9 §. 3 D. de off. procons. (1. 16). l. un. C. Th. de emendat. prop. (9. 13). ſ. indeſſen auch l. 20 D. de poen (48. 19). Nov. Leon. 105. Just. Nov. XII, 1. Abegg a. a. O. S. 88—91. PGO. Art. 142 a. E. 158 a. E.

3) vgl. z. B. l. 6 i. f. D. de cust. reor. (48. 3). l. 20 i. f. C. de furt. (6. 2). l. 14 C. de poen. (9. 47).

4) Abegg a. a. O. S. 105—114. Sehr oberflächlich iſt hier Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 584. ſ. dag. beſ. Jarcke I. 51 ff. Henke I. §. 14. Luden I. 83. Mejer de divers. summorum poenae princ. p. 30 sq. Richter Kirch.R. §. 198. Roßhirt Geſch. u. Syſt. I. 171 ff. Wilda S. 530 ff.

äußerlich als Wiedervergeltung [1]). Sie ist als solche objektiv gerecht, indem sie nur Gleiches mit Gleichem (aber in der idealen Form des Werths) vergilt. Zugleich ist sie subjektiv gerecht, indem sie den Verbrecher nur nach dem Gesetze behandelt, das er selbst aufgestellt hat [2]). Sie erscheint äußerlich als ein Uebel [3]), ist aber in Wahrheit ein Gut, sofern sie dem Verbrecher die Nichtigkeit seines unvernünftigen Willens (eben so weit er es ist) zum Bewußtsein bringt und die Wiederherstellung seines Vernunftwillens aus seiner Selbstverneinung zum Zwecke hat. N. Rev. §. 198 a. E. 200 [4]).

1) Wenn das positive Recht älterer Zeiten zuweilen das Strafrecht auf das Prinzip der materiellen Talion gründete [5]), so war nicht der Gedanke an sich, sondern nur die Rohheit der noch ganz sinnlichen Auffassung zu tadeln [6]). Uebrigens hält diese Rohheit gar wohl den Vergleich mit andern geschichtlichen Perioden aus, wo man sich über jenen kindlichen Standpunkt erhaben dachte, dagegen dem Moloch des Abschreckungs-, Sicherungs- und andrer politischer Zwecke noch weit barbarischere Opfer brachte. Auch sollten bei den beliebten Deklamationen gegen das Prinzip der Wiedervergeltung besonders die Vertheidiger der Todesstrafe den Zusammenhang ihrer Vorstellungen mit der rohen Vorstellung der Talion nicht vergessen!

2) Eine Kritik der Strafrechtstheorieen zu liefern, verbietet hier der Raum. Sie kann, wenn sie fruchtbar sein soll, nur in geschichtlicher Darstellung gegeben werden [7]) und ist deshalb der Geschichte des Strafrechts zu überweisen [8]). Es

---

1) Möller S. 36—39 findet darin eine unwirkliche Abstraktion, die Aufhebung eines „bereits Vergangenen", — ganz mit Unrecht; denn der im Verbrechen entäußerte bloße Wille ist fortwährend existent, bis eben die Reaktion erfolgt, die ihm seine Nichtigkeit ad hominem nachweist. M. will dies freilich Abschreckung genannt wissen; aber diese ist eben nur als Konsequenz gerechter Vergeltung vernünftig. vgl. S. 229.

2) Ueber die Bedeutung dieses oft mißverstandenen Satzes s. N. Rev. S. 777 ff.

3) Hepp meint freilich, nach der hier vorgetragenen Theorie sei dies nicht der Fall. s. die Abfertigung b. Abegg N. Arch. 1845. S. 261 ff.

4) Hegel Rechtsphil. §. 99—101. 220. Abegg Lb. §. 48. 49. 114—116. Wirth Ethik II. 318 ff. Naumann üb. die Strafrechtstheorie und das Pönit.-system. 1849.

5) s. z. B. das mosaische Recht, das 12 Taf.-Gesetz: qui membrum rupit ꝛc., das westgothische Gesetzbuch u. s. f. Abegg Strafr.theor. S. 83. n. 87. Wilda S. 511. vgl. aber noch Schwab. Sp. 176. Stadtr. v. Ens 1212. c. 5 (Gaupp II. 218), von Wien 1221. c. 10 (eb. 241). Mainz. Waldpotenr. b. Siebenkens Beitr. I. 66 ꝛc., bes. das flandr. Recht im MA.

6) Ueber die ideellere Auffassung unter Zugrundlegung des Begriffs des Werths s. Abegg Strafrechtstheor. §. 21. Trefurt N. Arch. 1838. S. 275. 276. Berner eb. 1845. S. 159—162.

7) Versuche einer solchen Darstellung s. bei Henke üb. den Streit der Strafr. theorieen. Abegg Strafrechtstheorieen S. 8 ff. (wo freilich die Kategorieen sehr mangelhaft sind), N. Rev. S. 764—850. vgl. auch Stahl Rechtsphil. II, 2. S. 372 ff. und meinen Art. in Arndt's Germania II. S. 408 ff.

8) Gewöhnlich erhält man statt historischer und phänomenologischer Entwicklung nur Kritiken von einseitigem Standpunkte aus oder auch wohl willkührliche Klassifikationen nach sehr wohlfeilen, und mit kleinlichem Scharfsinn in's Barocke zersplitterten Ein-

kann daher hier nur von einer allgemeinen Orientirung die Rede ſein. So iſt denn hier vorerſt zu bemerken, daß die §. 116—118 gegebene Ableitung der Strafe und des Strafrechts zu den ſog. abſoluten gehört, d. h. zu denjenigen, welche die Strafe nicht aus einem außerhalb ihrer ſelbſt liegenden Zwecke rechtfertigen, ſondern in ihr die ſchlechthin nothwendige Folge des Verbrechens, ſie als an und für ſich gerecht und darum als Selbſtzweck, als abſolut erkennen. Richtiger geſagt, giebt es aber überall nur Eine abſolute Theorie, wiewohl in verſchiedenen mehr oder minder reifen Auffaſſungsweiſen. Sieht man zunächſt von dem älteren vorkantiſchen Naturrechte ab, in welchem allerdings der Grundgedanke der abſoluten Theorie ſehr häufig ausgeſprochen, aber in ſeiner Abſolutheit ſogleich wieder durch unvermittelt daneben anerkannte äußerliche Zwecke begrenzt iſt [1]), — ſo findet ſich die abſolute Theorie als ſolche [2]), d. h. ohne Vermiſchung mit Rechtfertigung aus Zwecken, in verſchiedenen Formen vor: a) ſo daß die abſolute Nothwendigkeit der Wiedervergeltung auf die Moral begründet wird [3]), was freilich darin ſeine Rechtfertigung findet, daß die Sittlichkeit in allen ihren Formen doch in ihrem letzten Grund identiſch iſt, aber von vornherein eben an der unheilbaren Verkehrtheit der Vermiſchung weſentlich verſchiedener Erſcheinungsformen leidet [4]). b) Aehnlich verhält es ſich mit der Unterſchiebung der Religion unter den Rechtsbegriff, wenn nämlich die Strafe als nothwendig

---

theilungsgründen. ſ. beſ Feuerbach in der Bibl. I. 2. nr. 1, Reviſion — und Ueber d. Strafe als Sicherungsmittel. Grolman üb. d. Begründung des Strafr. S. 203 ff. Henke Hdb. I. 30 ff. Derſted Grundreg. S. 13 ff. J. G. A. Wirth Hdb I. 80 ff. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 189 ff. Schulze Leitfaden d. Entw. d. philoſ. Prinz. d. Rechts §. 234 ff. Stöckhardt NaturR. S. 265 f. Bauer Warnungstheorie, und Abh. I. 3 ff. Cock de fine poenis propos. 1819. Erhardt in Martin Coll. Diss. I. nr. 12. Collmann d. Lehre vom Strafr. Eſcher vier Abh. S. 43 f. Vening diversae de fine poen. sententiae. 1826. Trojen de j. puniendi 1827. v. Muyden Essai sur le princ. fondam. de la just. pén. 1833 Rottek Vernunftr. Thl. 3. S. 213 f. Zum Bach Anſichten über Hauptgegenſtände d. Strafr. Richter philoſ. Strafrecht. v. Preuſchen Gerechtigkeitstheorie. Reichmann Betr. üb. d. Strafr. des Staats. Möhl üb. d. Zweck d. Strafe. Henrici üb. d. Unzulängl. eines einfachen Strafprinzips. Genthe de theoriis jur. crim. 1839. Biener Abhandl. 2. S. 38 ff. Schaffrath Grundwiſſenſchaft d. Rechts. §. 182 f. Luden Hdb. I. 24 ff. Freytag d. Conceſſ.-gerecht.theorie. Röder Rechtsbegründung d. Beſſerungsſtrafe. Trummer zur Philoſ. d. Rechts. v. Linck üb. d. Naturrecht unſerer Zeit. Martin Lb. §. 10 f. Hepp Darſt. und Beurtheilung d. deutſchen Strafſyſteme, — u. üb. d. Gerecht. u. Nutzungstheorien d. Auslands. Mittermaier §. 7 a. z. F. Möller Kritik des Strafmaßes. 1852. Kappler S. 217 ff.

1) ſ. z. B. Grotius II. c. 20. Michaelis Moſ. Recht. §. 242 f. Vorrede zu Thl. 6 S. 8 ff. vgl. N. Rev. S. 781. 790.

2) Von dieſem ihrem Weſen haben freilich manche ihrer Gegner, wie namentlich Hepp, Bauer u. A. gar keine Ahnung! ſ. Berner a. a. O. S. 154. Auch Luden I. 32 mißverſteht die Sache.

3) Jakob philoſ. Rechtslehre §. 65. Abicht Lehre von Belohnungen u. Strafen. (ſetzt an die Stelle der Strafe geradezu den Begriff der Züchtigung).

4) ſ. auch Luden Hdb. I. 42. n. 10. Richter phil. Strafr. S. 83—88. Freytag S. 68—72. Gegen gar nicht exiſtirende moral. Straftheorien zieht Hepp I. S. 15—42 zu Felde. Ungerecht und in der Hauptſache ganz ihn ſelbſt (II. 2. S. 770 f.) treffend iſt ſeine Polimik gegen Jakob I. 42 ff.

zur Wiederherſtellung der verletzten göttlichen Ordnung dargeſtellt wird [1]), eine Anſicht, die einestheils nur als eine ſchlecht verhüllte Modifikation (Traveſtie) der Hegel'ſchen, anderntheils als ein Rückſchritt zu der alten, ganz unphiloſophiſchen (übrigens in ihrer Kindlichkeit ehrenwerthen) Ableitung des Strafrechts aus göttlichem Auftrage [2]) erſcheint. c) Auch die auf dem Boden der Rechtsidee verſuchten Begründungen aber ſind vielfach mangelhaft ausgefallen. aa) Die rohſte Erſcheinung würde eine materielle Talion fordernde Theorie bilden. Eine ſolche giebt es jedoch nicht [3]). Gleichwohl iſt nicht zu läugnen, daß der rohe Grundgedanke der materiellen Talion „Gleiches mit Gleichem, — Uebel für Uebel" in vielen Vergeltungstheorieen nachwirkt, die im Uebrigen über die Barbarei des: Auge um Auge ꝛc. weit hinaus ſind [4]). Sie faſſen nur die äußere Erſcheinung auf und ſehen nicht ein, was im §. 118 a. E. ausgeführt iſt, weil ſie nicht vom Begriff des Willens ausgehen. bb) Einen ſehr verführeriſchen Anhaltspunkt fand die zunächſt nur dem Gefühle entſprungene, äußerlich aufgefaßte, vom Begriff des Staats noch unberührte Wiedervergelungstheorie in der Rechtslehre von Kant, — wenn auch allerdings zunächſt nicht in ſeinen eigenen Ausſprüchen über die Begründung des Strafrechts, welche ganz dem unaufgelösten Dualismus ſeiner Rechtsphiloſophie entſprechen und die Konſequenz ſeines Rechtsbegriffs ſo ſehr verläugnen, daß er mit einem kategoriſchen Imperativ durchgreifen mußte [5]). Die Jünger ſeines Geiſtes verläugneten daher ihn ſelbſt,

---

1) Jarcke I. 240 f. Stahl Rechtsphil. II, 2. S. 81 f. 363 f. Göſchel zerſtreute Blätter I. 468 f. II. 343. v. Linck das Naturrecht unſerer Zeit. Am unbefangenſten iſt noch der erſte; nur freilich fehlt auch bei ihm die Hauptſache, die Einſicht in das wahre Verhältniß des ſubſtantiellen Willens zum Einzelwillen. Daher tritt in allen dieſen Erörterungen die Strafe gerade in ihrer häßlichſten Geſtalt — als pſyſiſches Leiden — hervor, was mit myſtiſch-wollüſtigem, grauſamem Behagen ausgeführt zu werden pflegt.

2) ſ. hierüber die erheiternde Polemik bei Luden I. 38, wo freilich gegen Stahl, Göſchel ꝛc. nichts von Bedeutung geſagt wird. Gänzlich ſchief iſt die Beurtheilung bei Hepp Darſtell. I. 214 ff., der Stahl zum Anhänger ſeiner Theorie machen will!

3) Michaelis Moſ. Recht §. 212 macht nur den Advokaten des hebr. Rechts, und nur in Beziehung auf Körperverletzungen. Seine eigene Anſicht iſt eine ganz andere. ſ. Vorrede zum 6. Theil.

4) Dahin gehört ſchon Grotius, aber auch noch Neuere, namentlich zum Theil Kant u. ſeine Schule (ſ. nachher), ferner Winsſinger de talione. 1822. Deinse de poena tal. 1822. Frey de princ. j. crim. 1824. Trip de similitud. inter del. eorumque poenas. 1834. Heinrich Andeut. d. rechtlichen Grundſätze einer Krim.-ger.vf. ꝛc. Warum Mittermaier §. 7 a. z. F. n. 6 die Letztgenannten allein und beſonders als Vertreter der „Talionstheorie" aufführt, iſt nicht wohl einzuſehen.

5) Es iſt ſehr merkwürdig, wie er gerade gegen die Rechtfertigung der Strafe aus dem Staatsvertrage, worauf ſeine ächten Schüler, wie Fichte, Feuerbach ꝛc. ſo großes Gewicht legten, ganz beſonders eifert und ſomit hier ganz den Vorläufer von Hegel macht, indem er die Nothwendigkeit der Strafe lediglich auf den in jedem Einzelnen (als homo noumenon) potentiell vorhandenen allgemeinen Willen gründet. Die Wiedervergeltung weiß er freilich nur dadurch zu rechtfertigen, daß alle andere denkbaren Rückſichten ſchwankend und alle außer dem begangenen Verbrechen aufzuſuchenden Strafzwecke der Würde des Menſchen als Selbſtzwecks widerſprechend wären. Metaph. Anf.gründe (1797) S. 195 ff. Gewöhnlich wird freilich die Ausführung von Kant ſehr oberflächlich abgefertigt. ſ. Luden I. S. 38. 39. Henke I. §. 24. Bauer Warn.theorie S. 282 ff. Hepp Darſt. I. 24 ff. 64 f. (größtentheils ſchief). Freytag S. 56 ff. ſ. dag. N. Rev. S. 804—806.

indem ſie mit Recht auf der allgemeinen ſpekulativen Grundlage fortbauten [1]). Dagegen hielt ſich ſeine unmittelbare Schule beruhigt an den ſeiner ganzen Deduktion der Rechtsidee zu Grunde liegenden, überdies ſchon von ihm ſelbſt relativ zur Hilfe genommenen Grundſatz des Gleichgewichts der abgetheilten Freiheitsſphären, woraus man mindeſtens ſoviel ableiten zu dürfen meinte, daß der Verbrecher, der in eine fremde Freiheitsſphäre einen Eingriff gemacht habe, ſich nicht beklagen könne, wenn ihm ein ebenſogroßer in die ſeinige gemacht werde. Dabei wurde die Wiedervergeltung theilweiſe (wie namentlich von Kant ſelbſt) noch ziemlich materiell genommen, von Andern aber auch ſchon ganz richtig auf den Begriff des Werths reduzirt [2]). Von allem Andern (namentlich von der Inkonſequenz der Ausführung auf dem Kantiſchen Standpunkt im Ganzen) abgeſehen, war aber dieſe Wiedervergeltungstheorie jedenfalls deshalb unvollkommen, weil ſie ſich gemäß dem Kantiſchen Rechtsbegriff nur auf Verbrechen gegen Perſonen bezog. Andre giengen daher cc) vom Begriffe des Staats als des geſammten Rechtsorganismus aus und erklärten die Strafe als den nothwendigen Akt der Neutraliſation der verbrecheriſchen Handlung durch die Majeſtät des Staats und der dadurch zu bewirkenden Wiederherſtellung der Geſundheit (Harmonie) des Staatsorganismus [3]); d. h. ſie faßten das §. 116 angegebene objektive Moment abſtrakt auf, ohne überhaupt oder wenigſtens irgendwie genügend [4]) die ſubjektive Gerechtigkeit der Strafe (ſ. §. 118 a. E.) nachzuweiſen. dd) An dieſe Theorieen grenzt die von Hegel [5]) inſofern, als auch ſie den zu ſtrafenden Menſchen und

---

1) N. Rev. S. 806 ff.

2) K. S. Zachariä im A. Arch. III, 4. S. 40—43 und Anfangsgründe d. philoſ. Krim.rechts. Tieftrunk philoſ. Unterſuch. Beck Komment. über Kants Metaphyſik d. Sitten. Bergk Briefe über Kants Rechtslehre. Brief 24. Tafinger in ſ. krit. Arch. IV. 605 ff. und über die Idee einer Krim.geſ.gebung. §. 94 ff. Schmid üb. d. Urgrund d. Strafr. S. 54 ff. Weber im A. Arch. VII. 236 ff. Fries phil. Rechtslehre S. 57 f. Krug naturrechtl. Abh. nr. 6. Borſt Verſ. einer neuen rein rechtl. Darſt. d. Strafr. (N. Rev. S. 771). Wie Mittermaier a. a. O. auch Trefurt hierher rechnen mag, iſt nicht zu begreifen. Rotteck a. a. O. neigt ſich mehr zu Fichte, ſ. aber auch denſ. b. Thilo S. 23—26. Zu Zachariä vgl. Henke I. §. 25.

3) J. J. Wagner Syſtem d. Idealphiloſ. S. 136 ff. und Grundriß d. Staatswiſſ. §. 617 ff. Reber üb. d. Begriff von Verbr. und Strafe. Hänſel üb. das Prinzip d. Strafr. Henke Hdb. I. 1—12. 119—121. (vgl. aber Geſch. d. Strafr. II. 362 ff). v. Savigny Syſt. I. 26. Heffter §. 4—7.

4) Dies gilt beſ. von Henke a. a. O., der hier nur an das ſittliche Gefühl appellirt, von Verſöhnung mit dem Schutzgeiſt ſpricht u. dgl., und ſich daher mit Unrecht von J. J. Wagner abſondert. Andere, die mit der abſoluten Theorie liebäugeln, bedienen ſich noch weniger ſagender Floskeln, ſo z. B. Henrici a. a. O. S. 55. 58. 79. Möhl a. a. O. S. 38. 39. Brocher sur l'élément moral du droit. crim. 1836. Gegen ſolche ſchlechte Variationen des kategoriſchen Imperativs hat freilich Bentham princ. de legisl. ch. 13. n. 7 ganz Recht. Nach Hepp I. 168 ff. dagegen ſind Konſtruktionen, wie die von Wagner und noch mehr die Hegel'ſche, logiſch, d. h. nüchtern, kalt, todt, wogegen Ausführungen, denen es an Begriffen fehlt, warm und anziehend ſind!

5) Ueber die wiſſenſch. Behandlungsarten des Naturrechts. ſ. Werke I. S. 341 f. 363 f. 405 f. Encyklop. §. 50. Naturrecht §. 90 ff. — nach ihm Richter philoſ. Strafr. (vgl. N. Rev. S. 772), Abegg Lb. §. 48. 49 (vgl. N. Rev. S. 776—778). Trefurt im N. Arch. 1838. S. 274—277. Wirth Ethik II. 319 ff. Berner a. a. O. Ueber das Verhältniß von Luden zu Hegel ſ. N. Rev. S. 772—774.

die Beziehung der Strafe auf ihn und alle Einzelnen mindeſtens ſehr als Nebenſache betrachtet. Andrerſeits iſt es nur ſie, welche den von Kant ſeinem dualiſtiſchen Schwanken zwiſchen Abſolutheit und durch das Ich bedingter Relativität der Rechtsidee im Sinne der erſteren oktroyirten kategoriſchen Imperativ, — und welche zugleich die (ſ. cc) dieſem Imperativ unterſchobenen Formeln (und Floskeln) wirklich ſpekulativ zu begründen gewußt hat [1]), ohne (wie die unter a. b. Genannten) vom Gebiete des Rechts abzuirren. Dies geſchah durch die Feſtſtellung des Verhältniſſes zwiſchen dem allgemeinen und dem Einzelwillen, und die auf die Subſtantialität des (auch im Einzelnen potentiell vorhandenen) [2]) erſteren gegründete Fixirung des Prinzips der abſoluten Nichtigkeit des Unrechts. Nur von hier aus konnte ferner gezeigt werden, daß und warum das Verbrechen abſolut, und zwar gerade am Willen des Verbrechers wieder aufgehoben werden, und daß und warum dieſe Wiederaufhebung nach dem Prinzipe der Wiedervergeltung vor ſich gehen muß. Dieſer Anſicht, wenn ſie auch immerhin (ſ. unten) [3]) einer weſentlichen Modifikation bedarf, gehört die Zukunft. In ihr liegt aber auch das Weſen der ſogen. abſoluten Theorie [4]) ſo vollkommen abgeſchloſſen vor, daß Alles, was noch ſonſt mit dieſem Namen ſich brüſtet, als unzulängliche Modifikation, meiſt unter verkehrter Beimiſchung ganz ungehöriger Ingredienzien, und in Wahrheit als relative Theorie erſcheint [5]). Hauptſächliche Schuld an derlei Baſtardbildungen trägt die neuerdings für die abſolute Theorie aufge-

---

Den gleichen Fehler (d. h. den Mangel am ſpekulativen Blick trägt auch der Verſuch von Freytag (die Conceff.gerecht.theorie) an ſich, welcher zwar auch die abſolute Nothwendigkeit der Strafe behufs der Realiſirung der Rechtsidee behauptet, hiefür aber (indem er gegen Hegel die ſtumpfen Waffen von Hepp, Henrici u. ſ. w. borgt) keinen Grund anführt, ſondern zu ſeinem Hauptbeſtreben das Unternehmen macht, die abſolute Theorie mit der Fiktion des Naturzuſtands u. mit der (Fichte'ſchen) Erklärung der Entſtehung des Rechts aus wechſelſeitigen Konzeſſionen nach dem Koexiſtenzialgeſetz (wohin denn auch die Konzeſſion, ſich ſtrafen zu laſſen, unbedenklich gerechnet wird) in Einklang zu bringen.

1) ſ. N. Rev. S. 769. 770. Stein in d. Hall. Lit. Ztg. 1846. S. 734—736. vgl. übr. auch G. Julius eb. 1844. nr. 211—215.

2) ſ. auch Stahl und dag. das gröbliche Mißverſtändniß bei Hepp Darſt. I. 220. 221.

3) ſ. vorläufig N. Rev. S. 765. 778—780. 782 ꝛc., weshalb es unrichtig iſt, wenn Mittermaier §. 7 a. z. F. die N. Rev. eben nur als Interpretation von Hegel anführt.

4) Unter den Gegnern der abſol. Theorie zeichnen ſich die älteren vor den neueren (Bauer, Hepp, Freytag, Schaffrath, resp. Luden) ſehr durch Scharfſinn und philoſophiſchen Blick aus. Zu nennen ſind beſ. Grolman Begründung d. Strafr. S. 216 ff. Gros (in Martin Coll. I.) de not. poen. for. §. 11. Welcker letzte Gründe S. 197 ff. Oerſted Grundreg. S. 13 ff. Wirth Hdb. I. 179 ff. Am kläglichſten nimmt ſich die Polemik gegen Hegel aus, welche in der Regel von dem lächerlichſten Mißverſtändniß und trauriger Denkunfähigkeit ausgeht. Bauer ignorirt ihn (ſ. übr. Warn.th. S. 272. n. b.). Dagegen vgl. Hepp Darſt. S. 170 ff. Henrici S. 248 ff. (Gegen Luden ſ. N. Rev. S. 34—37. 772—774). Geiſtreich iſt die Kritik von Möller S. 19. 21. 29—39. ſ. beſ. die humoriſtiſche Anerkennung S. 37.

5) ſ. z. B. Henrici a. a. O. v. Preuſchen Gerechtigkeitstheorie (nach einer Idee? von Hepp. ſ. Bauer Abh I. 73. Note). Hepp Darſtellung ꝛc. II, 2. S. 770 ff. Zachariä Lehre vom Verſuch I. §. 53. 128. Mittermaier §. 20 b. z. F. Häberlin I. 13—16. Marezoll S. 10 ff.

kommene vage Bezeichnung durch: Gerechtigkeitstheorie, womit jeder Eklektiker seine Blößen decken zu dürfen sich einbildet [1]).

Zweiter Abschnitt.

Die Zwecke der Strafe.

§. 119.

Die Zwecke der Strafe können sich, wenn diese nicht ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit und ihres sittlichen Charakters ganz entkleidet werden soll, nur auf ihren Begriff selbst, d. h. entweder auf das objektive Moment (§. 116) oder auf das subjektive (§. 117) beziehen, in beiden Richtungen aber höchst mannigfaltig sein, da beide der Betrachtung verschiedene Seiten darbieten, die für sich in's Auge gefaßt werden können. Alle diese Zwecke aber, auch die vom objektiven Moment abgeleiteten, — soweit nicht die Strafe hier eben einfach als Selbstzweck aufgefaßt wird (§. 118. Anm. 2), — geben der Strafe mehr oder minder einen subjektiven Charakter, sofern sie in Vortheilen bestehen, welche durch die Strafe für den Verbrecher oder für Andre erzielt werden sollen [2]). Diese Zweckbestimmungen haben nun ihre Berechtigung in der Einsicht, daß das Objektivsittliche (das Recht), wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt sei, mithin das Individuum nicht bloß als Accidenz des Staats betrachtet werden, vielmehr das Recht auch um des Menschen willen, für ihr Wohl dasein müsse, — eine Anerkennung, die am wenigsten in der Strafrechtspflege fehlen darf, da diese den Menschen in seinem Innersten, im freien Willen selbst ergreift. Es wäre daher ein Unrecht, sie verläugnen zu wollen, ebensosehr aber eine Verkehrtheit, die eine oder andre, oder mehrere davon als Prinzipien für die Strafe setzen zu wollen, wozu nicht einmal ihre Gesammtheit wegen der ihnen allen anklebenden Relativität ausreichen würde. N. Rev. §. 201—204. S. 789.

Es ist der gemeinsame Fehler der früheren Auffassungen der absoluten Theorie, daß sie die im §. angegebene Berechtigung der sog. relativen Theorien entweder ganz läugnen [3]) oder derselben doch in keinem Falle ihr wahres und volles Recht angedeihen lassen. Zwar fehlt bei Hegel die Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität keineswegs ganz [4]), und es sind seine Anhänger, Abegg

1) Spricht man ja doch alles Ernstes sogar geradezu von relativen Gerechtigkeitstheorieen! Bauer Abh. I. 64 ff. vgl. Luden I. 32. Schaffrath Grundwissenschaft §. 185. Marezoll S. 8. n. 4. f. dag. Berner a. a. O. S. 153. 154. N. Rev. S. 768. 770.

2) Nicht eingesehen ist dies von Möller S. 35. 36.

3) Ganz schroff ist dies von Kant ausgesprochen.

4) s. N. Rev. S. 777–780.

und Richter, eben wie auch Henke und Jarcke ſogar noch weiter gegangen, indem ſie verſchiedene Strafzwecke als Modalitäten der Strafe zuließen [1]). Sollen aber die Zwecke der Strafe nicht bloß nebenher anerkannt und willkührlich da und dort untergebracht, ſondern wirklich organiſch in's Syſtem eingeführt werden, ſo muß dieſes ſelbſt aus dem Bannkreis der abſtrakten Subſtantialität heraustreten und ſich von der im §. gedachten Einſicht, die bei den ob. Genannten fehlt, durchdringen laſſen [2]).

§. 120.

Sämmtliche relative (d. h. die Strafe durch Zwecke rechtfertigende) Theorieen ſtimmen negativ darin überein, daß ſie die Abſolutheit und Subſtantialität des Rechts und Staats läugnen und beides vielmehr (wenn auch auf verſchiedene Weiſe) zu einem Produkte des Ichs machen. Der poſitive Ausdruck dafür iſt: daß ihnen der Begriff des Wohls (der Summe aller Zwecke des Ichs) das höchſte Prinzip bildet, das, wie in allen Staatsfunktionen, ſo auch in der Ausübung der Strafjuſtiz das oberſte Geſetz ausmachen ſoll. Das Wohl kann nun entweder abſtrakt als Einzelwohl (des Verbrechers), oder ebenſo abſtrakt als das Wohl Andrer (mit Ausſchluß des erſteren), oder als das Wohl Aller und letzteres wieder von ſehr verſchiedenen Seiten aus aufgefaßt werden. Außerdem entſtehen Unterſchiede, je nachdem man den Strafzweck oder eine Mehrheit von Strafzwecken aus dem Bereich des objektiven oder aus dem des ſubjektiven Moments im Begriffe der Strafe oder aus beiden hernimmt. Ferner, je nachdem man den durch die Strafe zu erreichenden Zweck auf das begangene Verbrechen oder auf künftige Verbrechen derſelben Perſon oder anderer Perſonen bezieht. Desgleichen, je nachdem man den Zweck durch Androhung oder durch Zufügung der Strafe erreichen will. Endlich wird bald ein Zweck ausſchließlich zum Prinzip erhoben, bald eine Mehrheit von Zwecken anerkannt.

1) Abgeſehen von dem gänzlichen Mangel an geſchichtlich-genetiſcher Entwicklung ſind die gewöhnlichen Eintheilungen auch an ſich mangelhaft. Die äußerlich vollſtändigſte und zweckmäßigſte von Bauer unterſcheidet zu oberſt einfache und zuſammengeſetzte Theorieen [3]), ſo daß unter den letzteren auch die Verſuche, die abſolute Theorie mit der relativen zu verbinden, mit figuriren, während doch eine ſolche Zuſammenſetzung meiſt nur als eine Unterart der relativen Theorieen prädizirt werden kann. (Andre laſſen dieſe Baſtardbildungen

1) Abegg Strafrechtstheor. S. 53—73. Lb. §. 50. Richter S. 139 f. 171 f. Henke I. §. 4. Jarcke I. 246 ff.

2) Oberflächlich aufgefaßt iſt dies von Möller S. 39. 57. 58. Von einem ſchlechten Synkretismus iſt natürlich hier nicht die Rede.

3) Abh. I. 27 ff. und hiernach Abegg Lb. §. 35 ff. jetzt auch Mittermaier §. 7 a. z. F.

allein als gemiſchte oder zuſammengeſetzte Theorieen gelten) [1]). Unter der Bezeichnung: abſolute Theorie wird ferner nicht ſelten Manches untergebracht, was hierher gar nicht gehört [2]). Die relativen Theorieen ſind zwar nach der formalen Logik zweckmäßig klaſſifizirt, ſo daß jedenfalls eine beſſere Ueberſicht entſteht, als bei einer unlogiſchen und unvollſtändigen Eintheilung [3]) oder einer bloßen Nebeneinanderſtellung [4]); aber abgeſehen von der Unterſcheidung in Vergütungs- und Verhütungstheorieen [5]), ſind die Eintheilungsgründe großentheils nur äußerliche. Ein Hauptübelſtand iſt aber, daß dieſe Klaſſifikation unter ihre Kategorieen auch die aus der romaniſchen Philoſophie hervorgegangenen Theorieen ohne Bedenken einreiht.

2) Alle relativen Theorieen beruhen auf dem im §. angegebenen Grundprinzip. Aber die in Deutſchland hervorgetretenen unterſcheiden ſich im Ganzen [6]) von den engliſchen, franzöſiſchen und italieniſchen dadurch, daß in den letzteren meiſt das Recht nur um des Nutzens willen zugelaſſen, in den erſteren dagegen als das allein Nützliche gefordert wird [7]). Behält man dies im Auge, ſo laſſen ſich die relativen Theorieen nach ihren Hauptmomenten in phänomenologiſcher Ordnung [8]) folgendermaßen klaſſifiziren.

I. Das Wohl Andrer mit Ausſchluß des Verbrechers als Strafzweck aufgefaßt ergiebt die unmittelbare Abſchreckungstheorie, welche eben nur durch die Zufügung der Strafe die Abſchreckung Andrer zum Wohle aller Uebrigen erreichen will [9]). Der Verbrecher wird hier zum bloßen Mittel für fremde Zwecke erniedrigt, und der ganze Gedanke iſt ſo dürftig, daß dieſe Theorie als ſelbſtändige längſt verlaſſen daſteht [10]).

---

1) ſ. z. B. Luden I. 55 ff. Freytag S. 116 ff.

2) Bauer ſelbſt begeht dieſen Fehler nicht, wohl aber Hepp, Abegg §. 37 und beſ. Mittermaier a. a. O., der noch überdies höchſt wunderlich zwiſchen Ausgleichungs- (Erwiederungs-) und Gerechtigkeitstheorieen unterſcheidet.

3) wie bei Mittermaier und Hepp.

4) wie bei Henke I. 52 ff. Wächter I. §. 24 ff. Luden I. 43 ff. Freytag S. 144 ff.

5) Gerade dieſe (!) ſieht Luden I. 46. n. 6 für indifferent an.

6) Bei dem Austauſch der Ideen, der unter den Nationen von abendländiſcher Kultur ſtattfindet, fließen natürlich die Gegenſätze vielfach in einander. Namentlich zeigt ſich der Einfluß deutſcher Wiſſenſchaft immer mächtiger bei den Franzoſen und Italienern. Aber auch ohne gegenſeitige Mittheilung ſind ſich einzelne Geiſter aus den ſtammverwandten Nationen oft merkwürdig begegnet.

7) Das Nähere ſ. in der N. Rev. S. 788—819.

8) vgl. Berner im N. Arch. 1845. S. 144 ff. (im Einzelnen mehrfach nicht richtig).

9) Gmelin Grundſ. d. Geſetzgeb. üb. Verbr. und Strafen §. 15. Klein, den Hepp, Luden, Mittermaier ꝛc. einfach hierher ſtellen, gehört nur relativ in dieſe Klaſſe, wiewohl allerdings zuletzt der Schwerpunkt ſeiner Theorie hierher fällt. ſ. Grundſätze §. 6. 10. 11. Ebenſo verhält es ſich mit Schneider Entw. der Grundbegr. d. phil. Rechtslehre S. 96 ff. und noch einige Worte üb. d. Prinz. d. Strafr. Noch weniger richtig iſt es, wenn Hepp und Mittermaier auch Filangieri hier unterbringen.

10) ſ. dag. Püttmann opusc. j. crim. p. 257 sq. Feuerbach Rev. I. S. 89 ff. Grolman Begründung ꝛc. S. 239 ff. Abegg §. 45. Anm. a. E. J. G. A. Wirth Hdb. I. 146 ff. Hepp II, 1. S. 95 f. ſucht die Theorie von Gmelin zu beſchönigen, verfährt dagegen ungerecht und hämiſch gegen Klein eb. S. 109 ff. — N. Rev. S. 808.

II. Unendlich höher ſteht der Gedanke, das Wohl des Verbrechers, der hiemit als Selbſtzweck geachtet wird, zum Strafzweck zu machen. Indeſſen liegt es in der Natur der Sache, daß dieſe Beziehung, einſeitig aufgefaßt, keinem tiefer denkenden Geiſte genügen konnte (ſ. III.). Selbſt ſolche, welche ſie als Prinzip aufſtellten, haben ſich ſelten ohne Beiziehung anderweitiger Zwecke zu behelfen gewußt. Entweder wird nun 1) die durch das Wohl des Verbrechers beſtimmte Strafe auf das begangene Verbrechen bezogen; dann erſcheint als ihr Zweck die Genugthuung [1]), Buße [2]) für den von ihm angerichteten Schaden, die Ausſöhnung des Verbrechers mit ſich ſelbſt und der Geſellſchaft [3]), — oder ſie wird 2) auf die Zukunft bezogen; dann erſcheint als der beſtimmende Zweck der Strafe die Beſſerung des Verbrechers [4]), bei welcher man übrigens die Grenze bald weiter, bald enger zieht. — Die erſte Auffaſſung zeigt ihre Mangelhaftigkeit ſogleich darin, daß ſie bei der Aufſuchung des zu vergütenden Schadens ſich entweder in das Gebiet der Moral oder in die Beziehung des Verbrechens als gefährlicher Handlung auf das Gemeinwohl (und damit zu den Zwecken der Spezial- und Generalprävention) verirrt, daß ſie eben hiemit die wahre Exiſtenz der gut zu machenden Verletzung nicht aufzufinden weiß [5]) und ſich daher von ſelbſt zu einer tieferen und reicheren Auffaſſung des Begriffs des intellektuellen Schadens gedrängt ſieht, mit welcher ſie dann aber freilich ſofort die Schwelle der abſoluten Theorie betritt [6]). Der Beſſerungszweck dagegen iſt zum Strafprinzip deshalb untauglich [7]), weil das begangene Verbrechen nicht mehr ſelbſtändig, ſondern nur als Veranlaſſungsgrund zur Ermittlung der ganzen Geſinnung des Verbrechers in Betracht kommen, die zur Wiederaufhebung des Verbrechens nöthige Willensverletzung aber nicht mehr die Größe des Ver-

---

1) ſ. Klein u. Schneider ad I. citt. — vgl. dag. Feuerbach d. Strafe als Sicherung S. 121 ff. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 241—249. Henke I. §. 22. Luden I. 46. Freytag S. 149—153, aber auch Berner a. a. O. S. 156. — ſ. auch die ſchon o. a. Schmid Urgrund d. Strafr. Hänſel Prinzip d. Strafr. ferner Stöckhardt Nat.R. S. 265 f. v. Droſte-Hülshoff Einl. in d. Krim R.

2) Krug die bürgerliche Strafe als Bußzwang.

3) Cousin Oeuvres de Platon III. 142 ff. Duc de Broglie in révue française. 1828. Sept. nr. V. Carré in Thémis VII, 7. S. 354. In der Hauptſache auch v. Kapff Bem. üb. d. Wirt. StrafGB. Entw. S. 3 ff. u. v. Bothmer Begriff der Strafe (1808).

4) Stelzer üb. d. Willen. v. Arnim Bruchſtücke über Verbr. u. Strafen I. 98 ff. II. 8 ff. Henke Streit d. Strafr.theorieen S. 81 ff. F. Spangenberg üb. die ſittliche und bürgerliche Beſſerung der Verbrecher. Lucas du système pénal. 1827. (vgl. N. Rev. S. 828—831). Reichmann a. a. O. S. 44 ff. Möhl a. a. O. S. 36 ff. Röder zur Rechtsbegründung der Beſſerungsſtrafe. vgl. die bei Mittermaier n. 4 z. F. §. 149 angef. Schriftſteller üb. das Pönitentiarſyſtem.

5) N. Rev. §. 202. S. 784. 785. 824.

6) Dies geſchieht bei Welcker ſ. unten. N. Rev. S. 785. 786. Berner a. a. O. S. 157. Hierher gehört auch wohl Schröter S. 46 ff.

7) Nicht ganz genügend iſt die Polemik bei Abegg Strafrechtstheor. S. 52. 53. ſ. auch Mittermaier N. Arch. 1837. S. 456 ff. Richter S. 198—202. Bauer Warn.th. S. 342 ff. Freytag S. 189—192. Hepp Darſt. I. 124—168. vgl. II, 2. S. 595 ff. Möller S. 39—42. N. Rev. §. 164. 165. S. 818. 828—831.

brechens, sondern die gesammte Subjektivität des Verbrechers zum Maßstabe haben müßte, womit sie aus dem Gebiete des Rechts, dem nur die konkrete Handlung angehört, ausschiede.

III. Von beiden einseitigen Standpunkten aus verstand sich der Fortschritt zu der Beziehung der Strafe auf das allgemeine, das Wohl des Verbrechers und der Andern in sich schließende, Wohl von selbst. Dieser Begriff, als Gesammtheit aller möglichen die einzelnen Individuen irgendwie gleichmäßig beseelenden Zwecke und Interessen, ist aber in sich so vieldeutig und biegsam, daß es nicht Wunder nehmen kann, wenn daraus auch für das Gebiet des Strafrechts die verschiedensten Theorieen abstrahirt worden sind. — Ein tiefgreifender allgemeiner Unterschied findet sich nun zuvörderst zwischen den romanischen und den deutschen Theorieen [1]).

A) Die romanischen gehen sammt und sonders nicht von dem Ich als Träger der sittlichen Idee, sondern von dem natürlichen, empirischen Ich aus, dessen Wohl, wenn auch unter Anderm Recht und Staat fordernd, doch primär als Nutzen (des Einzelnen und der Gesellschaft, d. h. der Vielheit des Ichs) erscheint, daher bei allen Variationen der Entwicklung Recht und Staat hier immer mehr oder weniger als ein nothwendiges Uebel betrachtet wird [2]). Will man aus der unendlichen Mannigfaltigkeit der auf diesem Boden entsprossenen Systeme, aus den Debatten über die Denkbarkeit eines Naturzustandes [3]), über das Quantum von Rechten, die der Mensch etwa vor dem Staatsvertrag gehabt habe [4]), über den Bruchtheil von Freiheit, der zur Bildung des Staatswillens habe verwendet werden müssen [5]), über das Verhältniß des Einzelwohls zu dem der Gesellschaft ꝛc. [6]) —, will man aus all diesen Punkten heraus einen Unterschied von allgemeiner Bedeutung greifen, so kann man einen solchen darin finden, daß die einen von dem sinnlichrohen Individuum ausgiengen, die andern dagegen dasselbe als intelligentes Wesen auffaßten. Den Ausgangspunkt für beide Richtungen bildet die natürliche Freiheit des Individuums, möge diese schon als Recht gedacht sein oder nicht; der Staat entsteht nur durch eine theilweise Aufopferung dieser Freiheit behufs der gewisseren Erhaltung des Restes, möge nun dem Staate ein wirklicher Naturzustand vorausgesetzt sein oder nicht, möge seine Entstehung einem willkührlichen Entschlusse oder einem Naturbedürfnisse zuge-

---

1) Ueber die Ansichten der englisch-schottischen Moralphilosophen, soweit sie nicht mit dem in der Konsequenz ihres Prinzips liegenden Skeptizismus den französischen Materialisten zur Seite traten, — s. N. Rev. S. 791. 792.

2) Dabei bleibt allerdings der Weg von Hobbes zu Locke — und noch mehr zu Rousseau's Schule ein weiter. N. Rev. S. 795 unten.

3) s. einerseits Hobbes, Locke, Rousseau, Beccaria u. A., andrerseits Romagnosi, Carmigniani und besonders Bentham, — dazwischen Filangieri u. A.

4) Wie die Konsequenz dazu führte, diesen Streit zur Illusion herabzusetzen, s. N. Rev. S. 798 ff.

5) Hierüber war man sogar in einer und derselben Schule (Rousseau's) sehr verschiedener Ansicht, von Hobbes u. A. gar nicht zu reden.

6) Wie gerade Rousseau hierin ein bedenkliches Schwanken zeigte, darüber s. B. Constant cours de polit. constitut. I, 1. p. 173—176. Comte traité de législ. I. c. 11. 12. Rossi I. c. 11.

ſchrieben werden. Immer erſcheint der Staat nur als eine Anſtalt zu Beförderung der Sicherheit und Glückſeligkeit der Individuen, das Verbrechen nur als eine hiefür gefährliche Handlung [1]). Das natürliche Recht, das einige dem Staate noch vorausſetzen, wird immer problematiſcher, je mehr die Anſicht durchdringt, daß die Natur den Menſchen ſchon von Anfang in den geſellſchaftlichen Zuſtand geſetzt habe. Das herrſchende Prinzip in beiden Richtungen bleibt daher das Utilitätsprinzip.

1) In der erſteren iſt beſonders zu nennen Hobbes, der die Strafen um des gemeinen Wohls willen für nöthig erklärt, weil dieſes Frieden, der Frieden aber Geſetze fordre, die ohne Strafdrohungen leere Worte wären. Die Drohung ſoll durch Vorhaltung eines größeren Uebels vom Verbrechen abſchrecken. Die Strafe hat die politiſche Beſſerung des Verbrechers und die Abſchreckung der Uebrigen zum Ziel. Sie hat ihre Rechtfertigung im Staatsvertrag, der dem Machthaber das volle Recht giebt, ſie anzuordnen und zu beſtimmen, was als Verbrechen gelten ſoll (Atheismus und Majeſt. Verbrechen ſind crimina excepta) [2]). — Romagnosi, den ſchon bei Hobbes illuſoriſchen Staatsvertrag bei Seite werfend, ſieht im Rechte nur das Mittel zur Erfüllung des Naturgeſetzes der Selbſterhaltung in dem Zuſammenſein der von Natur gleichen und mit dem gleichen Triebe nach Glückſeligkeit begabten Individuen. Das Vertheidigungsrecht [3]), wovon er ſpricht, iſt nur die Aeußerung der durch Aufhebung des Gleichgewichts hervorgerufenen Naturkraft; die dem ungerecht Angegriffenen zugeſchriebene Rechtsüberlegenheit nur die Ueberlegenheit der natürlichen Kraft der Selbſterhaltung; daher auch die Rechtsüberlegenheit des ſtrafenden Staats nur die natürliche Ueberlegenheit der Kraft der Erhaltung der allgemeinen Glückſeligkeit, welche durch die Störung des naturgeſetzlichen Gleichgewichts entſteht. Das Recht der Reaktion iſt hiernach durch die Nothwendigkeit der Vertheidigung bedingt und ſteht zunächſt nur gegen drohende Angriffe dem unmittelbar Angegriffenen zu. Gerade aber weil gegen vollbrachte Angriffe der Einzelne nicht reagiren darf, ſo liegt in ihnen eine drohende Gefahr für die geſammte Geſellſchaft; und, da die Geſellſchaft ſelbſt die Quelle der Reize zum Verbrechen iſt, darf ihr auch das unentbehrliche Mittel, dieſem ſteten Reize entgegenzuwirken, nicht vorenthalten werden. Obgleich daher die Ausübung des Strafrechts durch ein begangenes Verbrechen bedingt iſt, ſo iſt doch ſein Zweck lediglich auf die Zukunft gerichtet, — Vertheidigung der Geſellſchaft gegen Störungen des Einzel- und Geſammtwohls [4]). — Auf der gleichen Baſis ruht die Ausführung von Carmigniani, der jedoch bereits eine Vermittlung des Utilitätsprinzips mit dem moraliſchen — freilich in ſehr ungenügender, den im erſteren ruhen-

---

1) ſ. die nähere Ausführung N. Rev. S. 792—804.

2) De cive III, 11. XIII, 16. XIV. N. Rev. S. 793. 794.

3) Hierauf wird von den Beurtheilern gewöhnlich allein Rückſicht genommen und deshalb der ganze Geiſt des Syſtems mißverſtanden. ſ. z. B. N. Arch. VII. S. 181 ff. vgl. übrigens noch Rossi krit. Zeitſchr. f. RWiſſ. d. Ausl. III. nr. 12. u. Traité I. c. 9. Skari in Wagner's Zeitſchr. 1828. III. 163 ff. Rosmini filos. del diritto I. 698 ff. Freytag S. 202—204.

4) Geneſis des Strafrechts, — überſetzt von Luden, Thl. 1. u. 2. N. Rev. S. 800. 801.

den Schwerpunkt seines Systems nicht verrückender Weise — herzustellen bemüht ist [1]).

2) Dieser rein mechanischen, das Individuum nur als Naturprodukt zu Grunde legenden Auffassung der Gesellschaft und des Staats trat Rousseau relativ entgegen, indem er den intelligenten Willen des Menschen dem Staat voraussetzte und nur auf diesen den contrat social baute, wornach von einer Aufopferung der einzelnen Persönlichkeit an das Eine des Staats schlechthin nicht mehr (wie bei Hobbes) die Rede sein konnte. Gleichwohl trat die Konsequenz des Prinzips [2]), d. h. das Streben nach immer steigender Verkleinerung der Quote der vom Einzelnen an den Staat abzutretenden Freiheit, bei ihm selbst noch nicht hervor, da er vielmehr sehr geneigt scheint, mindestens den verbrecherischen Einzelnen geradezu dem Staate zu opfern. Denn er behauptet, daß durch Verbrechen der Staatsvertrag gebrochen und der Handelnde rechtlos werde, daher ihn der Staat nach Kriegsrecht behandeln dürfe. Er räumt indessen ein, daß der Staat ihn erhalten dürfe, falls er ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit erhalten und noch irgendwie brauchbar verwendet werden könne [3]). Dagegen waren es namentlich Beccaria und Filangieri, welche durch Zurückgreifen auf Locke's Naturrecht den Staatsabsolutismus Rousseau's zu begrenzen suchten. Besonders der erste [4]) zieht jene Konsequenz, daß nämlich jeder Einzelne im Staatsvertrage nur den möglichst kleinen Theil seiner Freiheit habe opfern können. Zweck der Strafe ist ihm daher nur noch die Sicherung der Gesellschaft vor weiteren Uebelthaten desselben Individuums und Abschreckung der Uebrigen. — Filangieri [5]) spricht zwar von einem gesellschaftlichen Naturzustand, dem er ein natürliches Strafrecht vindizirt; allein er neutralisirt das Postulat selbst wieder durch die Annahme des Staatsvertrags, durch die ihm das Recht zum bloßen Mittel für das Gemeinwohl wird. Gerade aus dem Staatsvertrag zieht er nun zwar, wie Rousseau, die Folgerung, daß der Verbrecher durch den Vertragsbruch seine Rechte verliere. Aber er behauptet bereits keine absolute Rechtlosigkeit mehr, sondern das Prinzip des Wohls, dem das Recht nur als Mittel dient, ist bei ihm schon so überwiegend, daß er den Rechtsverlust nur nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Verbrechens für die Gesellschaft eintreten läßt. Ja, selbst dies genügt ihm nicht; vielmehr erklärt er für den wahren Grund des Strafrechts nur seine Unentbehrlichkeit für den Zweck der Gesellschaft. Das Wesen der Strafe sucht daher auch er in Prävention und Abschreckung, jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung, daß mit der Vervoll-

---

1) Teoria delle leggi della sicurezza soc. bes. I. 36—96. III. 47 ff. N. Rev. S. 802. 834. vgl. Briefe zw. Graf Mamiani u. Mancini. 1841. a. E.

2) Bei Locke trat dieselbe Richtung hervor, aber ohne denselben prägnanten Ausgangspunkt.

3) Contrat soc. II, 5. — N. Rev. S. 796. 797.

4) Dei delitti e delle pene. vgl. Voltaire Comm. sur le livre des délits et des peines. Schott Observ. de del. et poenis. 1767. Schall von Verbr. u. Strafen. Servin de la législ. crimin. u. A. s. Böhmer Literat. S. 191 ff. — N. Rev. S. 798. Nichtssagend ist die Kritik bei Freytag S. 147. s. dag. Hélie I. p. 4—6.

5) Scienza della legislazione. — vgl. Rossi I. c. 10. N. Rev. S. 799. 800. Höchst oberflächlich ist Hepp Darst. II, 1. S. 76 ff.

kommnung der Gesellschaft die Möglichkeit, die Strafen zu mildern, zunehme, womit, wenn auch nicht ausgesprochen, die Aufnahme des Besserungszwecks angebahnt wird, — um somehr, als es entschieden in der von Beccaria und ihm gegenüber von Rousseau genommenen Wendung lag, das Einzelwohl nicht mehr im Gemeinwohle aufgehen zu lassen. —

3) Die volle und entschiedene Konsequenz der romanischen Ansicht von der Bedeutung des Rechts und Staats, somit auch des Strafrechts, findet sich aber erst bei Bentham [1]), der alle bisherigen Hypothesen eines Naturzustandes, eines natürlichen Rechts, eines Staatsvertrags, hiemit aber auch die Voraussetzung der zu letzterem führenden intelligenten Freiheit des Menschen über Bord warf und das Prinzip des Interesses unter der Kategorie des von aller Sittlichkeit abstrahirenden Mechanismus in seiner ganzen Schärfe durchführte. Das gesellschaftliche Ganze ist, wie er richtig ausführt, ebensowohl von Natur da, wie das Individuum, das nicht isolirt gedacht werden kann. Die Betrachtung des letzteren als eines freien Wesens ist aber eine durchaus einseitige, da der empirische Mensch vielmehr eine Totalität von noch ganz andern Momenten bildet, die als Summe seiner Existenz sein Wohl ausmachen. Ist mithin das Gesetz der Natur das einzig reelle, so ist auch das höchste Gesetz für den Menschen nur sein Wohl, seine Glückseligkeit. Die Gesellschaft ist aber nur das Kollektivganze der Einzelnen und muß daher dasselbe Gesetz haben, nämlich ihr Wohl (das Wohl der möglichst größten Anzahl der Mitglieder). Erst durch die diesem Zwecke gemäß von der Gesellschaft erlassenen Gesetze entsteht das Recht, und hiemit auch das Strafrecht als das unentbehrliche Mittel zur Selbsterhaltung der Gesellschaft gegen die ihrem Wohle gefährlichen Handlungen der Einzelnen, — zwar ein an sich niedriges und allen edleren Gefühlen widerstrebendes Mittel, das aber, als unentbehrliches Opfer für das allgemeine Wohl betrachtet, sich zum höchsten Rang der öffentlichen Wohlthaten erhebt. Eben indem nun aber das Wohl zum einzigen und höchsten Grundsatz erhoben wird, erhält seinem umfassenden Begriffe gemäß das Strafrecht eine Vielheit von Zwecken, deren gegenseitige Abwägung zu einer ebenso sehr das Wohl des Ganzen, als das des Einzelnen und insbesondre auch das des Verbrechers in's Auge fassenden Oekonomie des Systems führt. B. nennt Generalprävention, theils durch Androhung, theils durch Vollziehung der Strafe, und Spezialprävention, theils durch Unschädlichmachung, theils durch Einschüchterung, theils durch Besserung des Verbrechers. Da er nun überdies das gesammte Strafrecht als Mittel der Selbsterhaltung des Ganzen auffaßt, so vereinigt seine Theorie [2]) nahezu sämmtliche Strafzwecke, welche aus dem Prinzip des Wohls abgeleitet werden können [3]).

---

1) Traité de législation und Théorie des peines. — vgl. Ahrens cours de droit naturel. S. 41 ff. Hepp Benthams Grundsätze d. Krim.politik. Burlett de Benthami de utili doctrina. 1829. Ueber die vielen Anhänger s. Krit. Ztschr. f. R.Wiss. d. Ausl. I. 451. II. 283 f. III. 433 f. ꝛc.

2) Es ist daher sehr oberflächlich, wenn Hepp Gerecht. u. Nutzenstheorieen d. Ausl. §. 26 u. Bauer Abh. I. 29 unt. ihn und Romagnosi (!) ohne Weiteres mit Feuerbach zusammenstellen.

3) Ungenügend ist die Kritik bei Freytag S. 148. 149. s. dag. N. Rev. S. 802—804. vgl. Hélie I. p. 8—10. Auf den Standpunkt B's stellt sich Möller (S. 23—29. 45—48), begnügt sich jedoch mit der Kategorie des allgemeinen Wohls

B) Auch die deutſchen Philoſophen, die auf Kant folgten, giengen vom Ich aus und leiteten Recht und Staat nur von dieſem ab. Allein ihr Ich iſt nicht das empiriſche, ſinnliche, egoiſtiſch nach ſeinem beliebigen Wohle ſtrebende, dieſem Alles unterordnende Ich des Materialismus, es iſt vielmehr das zur Offenbarung der ſittlichen Idee ſelbſt berufene Ich des Idealismus, dem es bei ſeiner Selbſtbeſchränkung behufs der Bildung des Staats eben nur um die Herrſchaft des Rechtsgeſetzes als ſolchen, als des einzigen Mittels, welches das Zuſammenleben freier vernünftiger Weſen möglich macht, zu thun iſt, daher auch der Staat hier nicht als nothwendiges Uebel, als Feſſel der Freiheit, ſondern vielmehr als das adäquate Medium ihrer Exiſtenz, als Mittel zur Erreichung des höchſten ſittlichen Zwecks erſcheint. Wenn gleich daher auch hier die Subſtantialität der Rechtsidee geläugnet, als nächſter Zweck des Staats die Sicherheit der Perſon und des Eigenthums aufgeſtellt, folgeweiſe auch dieſelben Strafzwecke geltend gemacht werden, wie in den ausländiſchen Syſtemen, ſo iſt doch der ganze Geiſt der idealiſtiſchen Schule ein weſentlich andrer [1]). — Betrachtet man nun die auf dieſem Boden entſtandenen Strafrechtstheorieen in ihrer chronologiſchen Folge, ſo erſcheinen die ſpäteren und ſpäteſten mehrfach als Rückſchritte, was daher kommt, daß ihre Urheber, vor der Konſequenz der genialen Weiterbildner des Kantiſchen Rechtsprinzips [2]) erſchreckend, entweder einfach zu dieſem (trotz ſeiner dualiſtiſchen Unhaltbarkeit) zurückgriffen, um wenigſtens der Konſequenz des Vertragsprinzips zu entgehen [3]), oder auch jenes noch zu einem markloſen Reſte aushöhlten, um ſich relativ auch der (in ihrem Kern ebenſo wenig begriffenen) abſoluten Theorie anbequemen zu können [4]). Faßt man daher den phänomenologiſchen Gang in's Auge, ſo muß die chronologiſche Folge vielfach verlaſſen werden.

1) Theorieen, welche den Strafzweck abſtrakt auf das Gemeinwohl gründen oder wenigſtens nur in ſekundärer Weiſe das Einzelwohl mit in's Auge faſſen.

a) Abſtrakte Berückſichtigung des Gemeinwohls charakteriſirt

aa) die noch direkt am Kantiſchen Rechtsprinzip feſthaltenden Selbſterhaltungs- (Nothwehr-) Theorieen. Sie rekurriren auf die Ableitung des Rechtsgeſetzes aus dem Sittengeſetze und wollen dadurch mit Umgehung des Sozialvertrags ein Exiſtenzrecht des Staats unmittelbar ableiten [5]), wovon ſein Recht auf Selbſterhaltung die natürliche Folge ſein ſoll. Sehr dürftig iſt nun α) die noch unmittelbar an den Naturzuſtand anknüpfende Theorie, wornach der Staat, um die von ihm garantirte Ordnung zu ſichern, an die Stelle des Verletzten treten

---

und mit der Nothwendigkeit, daſſelbe eventuell durch das Mittel der Furcht (vor Strafen) zu garantiren.

1) Am entſchiedenſten gegenüber den konſequenten Materialiſten, wie beſ. Hobbes, Bentham ꝛc., wogegen Rousseau und ſeine Schule eben in dem Maße, in welchem ſie der Konſequenz der eigenen Richtung Abbruch thun, ſich den Deutſchen nähern. ſ. das Nähere N. Rev. S. 806—808. vgl. S. 802. 803. 796. 797.

2) Fichte, Feuerbach, Grolman, Welcker.

3) ſo z. B. Gros, Martin.

4) wie Hepp, v. Preuſchen, Mittermaier, Marezoll ꝛc.

5) Schulze Leitfaden d. Entw. d. philoſ. Prinzip. d. Rechts ꝛc. §. 82 ff. Gros Nat.R. §. 21—30. Martin Lb. §. 11.

und die Strafe als eine veredelte Rache ausüben soll [1]). Der Staat erscheint hier erst als werdender, was an sich falsch und überdies nicht näher motivirt ist. Sehe man aber die Vernunft oder den freien Willen der Einzelnen als Motiv der Staatenbildung an, so erscheint der angegebene Strafzweck immer nur als der Ausdruck des fortwährenden Kampfs des Staats mit der Anarchie, die doch durch seinen Auftritt als beendigt gelten soll. Denn die Strafe soll nur die Gesellschaft vor der Maßlosigkeit der naturzuständlichen Rache sichern; gleichwohl aber soll sie selbst eben nur das Surrogat dieser Rache sein, womit sie eben über das Prinzip der letztern nicht hinauskommt, wenn nicht, was freilich nahe genug liegt, das Prinzip der Wiedervergeltung ergriffen und damit zur absoluten Theorie übergegangen wird [2]). — β) Schulze [3]) identifizirt das Strafrecht einfach mit dem Vertheidigungsrechte, wie es auch jeder Einzelne habe, findet aber willkührlicher Weise in diesem Vertheidigungsrechte nicht nur das Recht der Nothwehr wider gegenwärtig — und der Prävention gegen künftig drohende Angriffe, sondern auch das Recht der Wiedervergeltung für bereits vollbrachte Angriffe, das er überdies nur auf den natürlichen Trieb der Rache gründet. Dieser Verkehrtheit sucht γ) Martin [4]) dadurch zu helfen, daß er das Strafrecht rein auf das Prinzip der Nothwehr zu gründen unternimmt. Nach ihm führt nämlich jedes Verbrechen eine Gefahr für das Ansehen der Gesetze herbei, die durch Zufügung der Strafe abgewendet werden könne. Hiernach zeige sich die Strafe als zweckmäßiges Mittel zur Sicherung des Staats, das einerseits nicht zu entbehren sei, anderseits, wenn es vor der That im Allgemeinen angedroht werde, um psychologisch wirken zu können, die Erschöpfung der gelinderen Mittel zur Abwendung der Gefahr jedesmal schon voraussetze. In der Absicht, für die Androhung und Zufügung der Strafe nicht gesonderte Gründe und Zwecke angeben zu müssen (was an Feuerbach getadelt worden war), übersah M. gerade die Hauptsache, daß er nämlich das Vertheidigungsrecht des Staats mit der rechtlichen Freiheit der Mitglieder zu vermitteln die Aufgabe habe. Da nun aber eben das Auskunftsmittel, die Androhung der Strafe auf diese rechtliche Freiheit zurückzuführen, verworfen, jene vielmehr nur nebenbei auch mit herein genommen wurde, um dem Zweck der Sicherung des Ansehens der Gesetze mit zu dienen [5]), so hätte um so mehr gezeigt

---

1) Möser Phantas. IV. nr. 34. Schmalz Wiss. d. natürl. Rechts §. 448. Luden Einleit. z. seiner Uebersetzung von Romagnosi. Strobel über die höchsten Prinzipe von Recht ꝛc. 1841 (den Hepp II, 2. S. 872 zu seinem Anhänger macht!). Barocker Weise pflegt Möller im Grunde genommen alle Formen der absoluten Theorie unter diesem Gesichtspunkt zusammen.

2) Diesen Uebergang hat Luden Hdb. I. 11. n. 2 gemacht. Aber wie die Art und Weise des Uebergangs selbst, so ist auch die Motivirung mangelhaft.

3) Leitfaden ꝛc. §. 242 ff. Aehnlich Unterholzner jurist. Abh. S. 201 ff. — In der Motivirung schließt sich die Deduktion Schulzes sehr auffallend an die unter α) angef. Theorie an. — vgl. dag. Henke I. §. 23. Welcker S. 223—225. Richter S. 181—184. Andere Krit. s. bei Hepp II, 2. S. 679 ff. Bauer Warn.th. S. 361—364. Freytag S. 196. 197. — N. Rev. S. 815. 816.

4) Lb. §. 11—13. 22 ff. Aehnlich Weber im N. Arch. VI. 453 ff. Nicht aber auch J. G. A. Wirth, den Martin selbst und darnach Andere (Wächter, Mittermaier ꝛc.) hierher stellen. s. dag. auch Bauer S. 364. not. d.

5) Erbaulich ist, daß Bauer Abh. I. 65. 66 dies ganz mißversteht und meint, Martin's Theorie sei aus der „Androhungstheorie" und einer Strafzufügungstheorie

werden ſollen, wie die Zufügung der in Wahrheit auf den Begriff des Präventionszwangs reduzirten [1]) Strafe ſich mit der in dem Sozialgeſetze liegenden rechtlichen Freiheit vereinigen laſſe. Statt deſſen dreht ſich M. in einem Zirkel, indem er ſagt, die Strafe ſei nothwendig, um die Gefahr zu vermeiden, die aus der Strafloſigkeit entſtehen würde [2]). Gerade die Nothwendigkeit der Strafe zur Erhaltung des Anſehens der Geſetze bleibt aber bei ihm bloße Behauptung [3]). An dem gleichen Mangel leidet die Ausführung von Gros [4]), der aus dem Rechtsgeſetze die Nothwendigkeit eines Zwangsgeſetzes gegen Störungen der Freiheit ableitet, welches, einmal verkündet, auch ſofort durch Vollziehung im Uebertretungsfalle ſeine Unverbrüchlichkeit zeigen müſſe. Der Rechtsgrund des Strafzwangs aber wird hiebei geradezu erſchlichen und erſt nachträglich aus dem Zwecke der Strafe (Abſchreckung) erklärt. Der Sinn iſt: Weil durch Androhung von Strafen von Verbrechen abgeſchreckt werden kann, ſo muß das Geſetz behufs der Abwendung von Störungen der Rechtsordnung Strafen androhen, und als Geſetz auch betr. Falls vollzogen werden. Es wäre aber gerade zu zeigen geweſen, daß und warum gerade Strafe gedroht werden dürfe, d. h. wie eine ſolche Drohung (resp. Vollziehung derſelben) mit der rechtlichen Freiheit zuſammenbeſtehen könne [5]).

bb) Die ebengedachten Theorieen geben für die Strafe keinen ausreichenden Rechtsgrund an. Aber jedenfalls haben ſie doch die richtige Einſicht, daß die Strafe, wenn ſie einmal nicht durch die aus der Anerkennung der Subſtantialität des Rechts folgende abſolute Nichtigkeit des Unrechts begründet werden ſoll, nothwendig durch einen für das Wohl der Geſellſchaft (die Erhaltung der Rechtsordnung) erſprießlichen Zweck gerechtfertigt werden muß. — Natürlich genügt es jedoch vollends nicht an der dürren Behauptung Anderer, daß die Erhaltung der Rechtsordnung die Strafe nothwendig mache, und daß hierin der Rechtsgrund und der Zweck der Strafe zugleich liege. Der Rechtsgrund zu einem Zwange liegt allerdings darin, wie dies alle relativen Theorieen annehmen. Aber damit iſt noch keineswegs bewieſen, daß dieſer Zwang gerade in der Strafe beſtehen müſſe oder dürfe, und namentlich nicht, daß der Strafzwang mit der bürgerlichen Freiheit vereinbar ſei, welcher Beweis auf der Grundlage eines aus der Nothwendig-

---

zuſammengeſetzt! — vgl. dag. Weber a. a. O. Feuerbach üb. d. Strafr. als Sicherung ꝛc. S. 99.

1) Dies iſt ſelbſt von Hepp nicht unbemerkt geblieben.

2) ſ. dag., was Feuerbach gegen Klein bemerkt, Rev. I. 89. Ueb. d. Strafr. als Sicherung S. 159.

3) N. Rev. S. 816. 817. Andere Kritiken ſ. bei Luden Einl. z. Ueberſ. v. Romagneſi. S. 30 f. Bauer Warn.th. S. 365 ff. Hepp Darſt. II, 2. S. 709 ff. Freytag S. 197—202.

4) D. de not. poenarum forens. (in Martin Coll. D. nr. 11). NaturR. §. 95. 99—101. 105. 106. 346 ff.

5) Auch Gros will die Angabe verſchiedener Gründe für Androhung und Zufügung vermeiden (§. 349. n. 1. §. 351. n. 4), und weicht deshalb von Feuerbach ab, auf deſſen Syſtem ſich außerdem ſeine Ausführung ebenſo reduzirt, wie die von Martin auf das Grolmaniſche. Dabei läßt er jedoch gleichfalls gerade das fallen, was bei Feuerbach das Spekulative ausmacht, und macht daher einen Rückſchritt, während er vorzuſchreiten glaubt. N. Rev. S. 817. j. 815. Andere Kritiken bei Hepp Darſt. II, 1. S. 164 f. Freytag S. 172—175.

keit der Freiheit deduzirten Rechtsgesetzes am wenigsten fehlen darf [1]). Hievon aber abgesehen, ist es einleuchtend, daß nicht sofort Rechtsgrund und Zweck der Strafe kurzweg identifizirt werden dürfen [2]). Denn entweder hält man noch mit Bewußtsein an dem Standpunkte der Relativität fest, d. h. man läugnet, daß die Strafe durch die substantielle Natur des Rechts absolut gesetzt, Selbstzweck, an und für sich gerecht sei; — dann muß man sie nothwendig durch irgend einen andern Zweck, oder mehrere Zwecke rechtfertigen, wodurch sie sich dem Einzelwohl oder Gemeinwohl ersprießlich beweist und mittelbar zu der Erhaltung der Rechtsordnung dient, worin ihr Rechtsgrund liegt [3]). Oder aber behauptet man, dies sei unnöthig oder gar falsch, es müsse vielmehr Rechtsgrund und Zweck als identisch genommen werden; — dann muß man einsehen, daß man den Boden der Relativität verläßt und den der absoluten Theorie betritt. Nur freilich erscheint es dann als verkehrt, überall noch von einem Strafzweck, von einer Beziehung der Strafe auf das in der Erhaltung der Rechtsordnung liegende Wohl der Gesellschaft zu sprechen, sondern es muß dieser letzte dürftige Rest des relativen Standpunkts weggeworfen und die Strafe als in sich gerecht, als Selbstzweck, als absolut begründet werden. Wenn daher die Vertheidiger der sog. bürgerlichen oder modifizirten oder dgl. Gerechtigkeitstheorie dies unterlassen und sich mit einem bloßen kategorischen Imperativ [4]) oder einer Thatsache des moralischen [5]) oder rechtlichen [6]) Bewußtseins oder einem bloß regulativen

1) Das Bewußtsein, auf Kantischem Boden zu stehen, scheint freilich bei den Schriftstellern dieser Klasse erloschen oder gar nie aufgegangen zu sein. Es philosophirt sich so angenehm, wenn man sich der Mühe überhebt, Philosophie zu studiren! Hepp freilich verläugnet Kant ausdrücklich, weil er selbst kein unsittliches, sondern ein „besittetes" Recht wolle; die Protestation ist aber eine leere.

2) Dies geschieht bei Hepp Darst. II, 1. S. 7 ff. II, 2. S. 770 ff. Mittermaier §. 20 b. z. F. von Preuschen Gerechtigkeitstheorie.

3) Dies führt auch Bauer Abh. I. 77 ff. ganz richtig aus; und ganz durch diese Einsicht getragen ist die eben dadurch bedeutende Ausführung von Schauberg üb. d. Begründung des Strafrechts, den gleichwohl Hepp sich mit ebensoviel Unterscheidungskraft als Meinungsgenossen aggregirt, als er andrerseits Mittermaier, Henrici, Rossi, Kapff sich mit Selbstgefälligkeit entgegensetzt! Daher ist die Kritik II, 2. S. 852 ff. ganz verfehlt. s. auch v. Preuschen I. §. 17. 22.

4) Weiter bringt es Hepp nicht, S. 775. 776. Er substituirt nur der Wiedervergeltung die von Welcker entlehnte Vergütung des idealen Schadens, verunstaltet aber diese Idee sogleich wieder, indem er den „moralischen" Schaden mit der Gemeingefährlichkeit (!) identifizirt, mithin gerade das Tiefe an der Welcker'schen Idee (die Nachweisung, daß der ideale Schaden seinen Sitz im Willen des Verbrechers habe) preisgiebt und vielmehr durch die geistlose Materialisirung derselben zu einer ganz verkehrten und haltlosen Unterscheidung zwischen Verbrechen und bürgerlichem Unrecht, folgeweise zur Aufstellung eines Mittelglieds zwischen beiden, zur Rechtfertigung der Privatstrafen ꝛc. kommt.

5) So bei Henrici üb. die Unzulänglichkeit ꝛc. Derselbe zeichnet sich jedoch vor Hepp vortheilhaft dadurch aus, daß er wenigstens die Nothwendigkeit einer Vermittlung des Zwangsgesetzes mit der rechtlichen Freiheit, sowie die Unentbehrlichkeit von Zwecken für die relative Theorie einsieht, u. gehört daher, obwohl er zwischen der relativen u. absoluten Begründung schwankt (wie Rossi, Kapff ꝛc.) mit seinem Schwerpunkt nicht hierher.

6) s. v. Preuschen a. a. O., welcher dem Uebergang zur absoluten Theorie selbst am nächsten steht, indem er im Grunde den Staat mit seinen Zwecken nur noch dazu braucht, um die Idee der Gerechtigkeit zur Wirklichkeit zu bringen. Schiefe Beurtheilungen s. bei Hepp II, 2. S. 864 ff. Freytag S. 133—135.

Mitwirken der Idee der Gerechtigkeit [1]) behelfen, ſo zeigen ſie dadurch nur, daß ſie weder das Weſen der abſoluten, noch das der relativen Theorie begreifen.

b) Die Theorie, welche den Strafzweck auf das Gemeinwohl gründet, aber wenigſtens ſekundär auch die Forderungen des Einzelwohls berückſichtigt, iſt die von Feuerbach, der zwiſchen Kant und Fichte in der Mitte ſteht. Mit jenem theilt er noch die Ableitung des Rechtsgeſetzes aus der Vernunft [2]), das Bewußtſein von der nothwendigen unmittelbaren Kauſalverbindung zwiſchen Verbrechen und Strafe, und den ſchneidenden Dualismus zwiſchen dem intelligibeln Menſchen und dem Menſchen der Erfahrung, der ſeine Imputationslehre erklärt [3]). Gleichwohl hat ihm das (von Fichte emanzipirte) Vertragsprinzip bereits volle Geltung, er verwirft den kategoriſchen Imperativ und ſieht die Nothwendigkeit ein, das Strafrecht durch einen Zweck zu rechtfertigen, namentlich aber durch einen mit der rechtlichen Freiheit zu vereinbarenden Zweck [4]). Nach Erledigung des Unterſchieds zwiſchen moraliſcher und bürgerlicher Strafe, zwiſchen Strafe und Vertheidigung, und nach Zugrundlegung des Satzes, daß der Staat als die Geſellſchaft zum Rechtsſchutze keinen andern Zweck, als eben den der Rechtsſicherung haben könne, ſtellt er das Problem auf: das Recht zu einem Zwange zu finden, der in dem Vertheidigungsrecht gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung ſelbſt verſchieden wäre. Wie die Vorgenannten folgert er aus dem Rechtsgeſetze die Nothwendigkeit eines Zwangs zur Verhütung aller Freiheitsſtörungen. Da nun hiefür die Prävention [5]) zu beſchränkt, die phyſiſche Entgegenwirkung nicht tauglich iſt, ſo bleibt nur die pſychologiſche übrig. Der Staat muß alſo auf das Begehrungsvermögen der Bürger wirken und es ihnen pſychologiſch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen, — was nur geſchehen kann durch Androhung ſinnlicher Uebel, deren Größe die Unluſt aus der Nichtbefolgung der rechtswidrigen Neigung überwiegt. Die Androhung durch ein Geſetz iſt nothwendig, weil das Recht der Perſönlichkeit geachtet werden muß; und ſie iſt rechtmäßig, weil Niemands Rechte dadurch verletzt werden. Da aber die leere Drohung die vorausgeſetzte Wirkung nicht haben könnte, mithin das Geſetz ſich ſelbſt widerſprechen würde, ſo muß die Drohung betreffenden Falls auch ausgeführt werden. Auch dieſe Ausführung iſt rechtmäßig, weil Jeder, der das vollkommene Recht hat, eine Unterlaſſung zu fordern, auch das vollkommene Recht haben muß, die entgegenſtehende Begehung willkührlich zu bedingen, andrerſeits aber die Einwilligung in das rechtlich Bedingte zugleich die Einwilligung

---

1) Mittermaier a. a. O. vgl. Hepp I. 267 ff. Freytag S. 130—133. ſ. gegen dieſe Klaſſe von Theorieen auch Möller S. 21—24. 58—62.

2) Aber ſchon abweichend von Kant aus der „juridiſchen" Vernunft. ſ. Kritik d. natürlichen Rechts. S. 237 ff.

3) Reviſ. I. 150—176. 319—323. II. S. 146 ff.

4) Reviſ. I. 1—56. Daß die einzelnen Elemente dieſer Theorie größtentheils ſchon früher bekannt waren, iſt richtig, ſchmälert aber (wie manche kleinen Geiſter meinten) das Verdienſt des großen Kriminaliſten nicht, da die wahre wiſſenſchaftliche Originalität nicht in der Produktion des Nagelneuen, ſondern in der eigenthümlich urkräftigen Geſtaltung des vorhandenen Stoffs, wodurch die Vergangenheit abgeſchloſſen und eine neue Aera begründet wird, beſteht. — vgl. Michaelis Moſaiſch. R. Vorr. z. Thl. 6. S. 8 ff. Cäſar Denkwürdigk. aus d. philoſ. Welt IV. nr. 5.

5) In wiefern hierin der Fortſchritt Feuerbachs gegenüber allen bloßen Zufügungstheorieen liege, ſ. bei Berner a. a. O. S. 151. 152.

in die rechtliche Bedingung in sich schließt. — Gerade in diesem Punkte blieb sich indessen F. nicht getreu [1]), da er das früher ausdrücklich geltend gemachte Vertragsprinzip später aufgab und einen andern Gedanken, der in das System nicht paßte, unterschob [2]). — Auf derselben Grundlage ruht auch die sogen. Warnungstheorie von Bauer [3]), welche eine bloße Modifikation der Feuerbachischen darstellt. Sie unterscheidet sich von derselben durch einen andern Grundsatz für die Strafwürdigkeit der Handlungen und durch einen andern — für die Imputationslehre und die Bestimmung des Strafmaßes wichtigen — nächsten Zweck (bloße Warnung, statt Abschreckung durch psychologischen Zwang); allein alles dies ist für das Prinzip eben nur eine unwesentliche Variation. Hiefür ist vielmehr bloß die weitere Abweichung bedeutend, daß behauptet wird, es brauche für die Vollziehung der Strafe kein besonderer Zweck und Rechtsgrund aufgestellt zu werden, vielmehr werde die Strafe nur als die rechtlich nothwendige Folge der Drohung zugefügt [4]) (wie übrigens schon Feuerbach selbst später, sowie Gros behauptet hatte). Aber eben diese Abweichung vom ursprünglichen Feuerbachischen Systeme ist eine sein Fundament untergrabende Inkonsequenz [5]).

2) Wenn in der Androhungstheorie das Wohl der Gesellschaft primär zum Zwecke gesetzt, aber wenigstens in Vermittlung mit den Forderungen des Einzelwohls zu realisiren gesucht wurde, so haben andere Theorieen sich von der Einsicht leiten lassen, daß, wenn mit der Produktion des Rechtsgesetzes und der Rechtsordnung durch die Freiheit des Ichs wirklich Ernst gemacht werden solle, es als Hauptaufgabe erscheinen müsse, den Zweck der Sicherheit des Ganzen nicht auf Kosten des Wohls des Einzelnen zu erreichen, und deshalb die Beziehung der Strafe auf den einzelnen Verbrecher in den Vorgrund zu stellen. — Dieses Moment tritt nun

a) als bestimmend für die Zukunft auf. Und zwar erscheint es nur als Schranke der abstrakten Tendenz zur Sicherung des Ganzen, da mit dem Aufgeben dieses Moments die abstrakte Besserungstheorie (s. v. II.) beginnt. Grolman [6]) schließt sich noch reiner, als Feuerbach, an das Kantische Rechts-

---

1) vgl. Antihobbes S. 220 ff. Ueb. die Strafe als Sicherung ꝛc. S. 97 ff. — Die Konsequenz blieb in diesem Punkte gewahrt von Erhard de fundam. jur. pun. (bei Martin Coll. Diss. I. p. 422 sq.). Jakobs Ideen über einige Gegenst. d. Krim.Ges.gebung. Kleinschrod syst. Entw. II. §. 9 (freilich sehr schwankend!) v. Almendingen Imput. S. 147 ff.

2) s. N. Rev. S. 809—811. Andere Kritiken b. Thibaut Krit. d. Feuerb. Theorie. Konopak im A. Arch. V. 3. S. 140 ff. Gönner Arch. f. d. Gesetzgeb. II. 16 ff. 216 ff. Schulze a. a. O. S. 316 ff. Welcker letzte Gründe S. 215 ff. Grolman Ueb. d. Begründung ꝛc. S. 1 ff. Henke I. §. 20. Schröter S. 50. 51. Richter S. 188 ff. Bauer Warn.th. S. 328 ff. Luden Einl. z. Uebers. v. Romagnosi. S. 41 ff. Hepp II, 1. S. 221 ff. Freytag S. 159 ff. Mittermaier §. 20. a. z. F. Stöckhardt Naturr. S. 265 f. v. Link S. 9 ff.

3) N. Arch. IX. 429 ff. Warnungstheorie. — Abh. I. 1 ff.

4) Bauer schmeichelte sich, hiermit die Strafe in ihrer Zufügung zu einem reinen Akte der Gerechtigkeit, zu etwas Absolutem gemacht zu haben. s. dag. Berner a. a. O. S. 152—156. vgl. Möller S. 43—45.

5) N. Rev. S. 811. — Andere Kritiken s. bei Hepp II, 1. S. 392 ff. Freytag S. 180—186.

6) Ueber die Begründung d. Strafrechts. — Magazin I. 141 ff. Grundsätze

geſetz an. Daß Zwang gegen Störungen der Freiheit zuläßig und nothwendig ſei, verſtand ſich bei ihm, wie bei allen Vorgenannten, von ſelbſt. Aber er hatte noch nicht die Kühnheit, aus einem nur die Vertheidigung gegen drohende Angriffe unzweifelhaft geſtattenden Rechtsprinzipe auf Umwegen auch die Rechtmäßigkeit eines Zwangs gegen bereits vollbrachte Angriffe abzuleiten. Er anerkennt nur einen Zwang gegen gegenwärtig und gegen zukünftig drohende Angriffe (Nothwehr — Prävention). Der Zwang gegen letztere kann nach ſeiner Anſicht nur gegen denjenigen ausgeübt werden, der durch ein begangenes Verbrechen thatſächlich ſeine Gefährlichkeit für die Rechtsordnung gezeigt habe, und zwar theils durch Aufhebung der phyſiſchen Möglichkeit, Rechtsverletzungen zu begehen (abſolute Sicherungsmittel), theils durch abſchreckende Strafen, — erſteres nur in außerordentlichen Fällen. In dieſer Deduktion der Strafe ſank nun freilich das begangene Verbrechen zum bloßen Erkenntnißgrund für die Gefährlichkeit des Thäters und die Größe des infolge hievon auszuübenden Präventionszwangs herab. Darin lag der wunde Fleck, den Feuerbach alsbald angriff[1]). G. ſuchte daher — auf Koſten der Konſequenz[2]) — einen die Eigenthümlichkeit ſeiner auf Anerkennung des Einzelnen als Selbſtzwecks ausgehenden Theorie noch ſchärfer hervorhebenden Ausweg, indem er im Anſchluß an Fichte ausführte: das Rechtsgeſetz ſei ein Willensgeſetz, d. h. wer überall im Rechtsverhältniſſe leben wolle, der müſſe ſich jenes Geſetz (gleichviel aus welchen Beweggründen) zur unverbrüchlichen Norm ſeiner Handlungen machen. Wer nun ein Verbrechen begehe, der zeige eben damit, daß er dieſe Forderung nicht erfüllt habe, und ſei daher als ein ſtetes, der Realiſirung des Rechtsverhältniſſes entgegenſtehendes Hinderniß zu betrachten, deſſen Aufhebung von denjenigen, welche das Rechtsverhältniß unter ſich wollen, nothwendig bewirkt werden müſſe. Damit war das begangene Verbrechen zum Sachgrunde der Strafe erhoben, und an die Stelle der Prävention die Vergeltung geſetzt, was doch G. ſelbſt nicht Wort haben wollte, noch konnte, wenn nicht das Fundament des Syſtems zerſtört werden ſollte. Nur als ſekundäre Folge der Strafe führt G. auch die Abſchreckung Aller durch die pſychologiſche Wirkung des Strafgeſetzes auf, die in ſeinem Syſtem ohne weitere Bedeutung iſt[3]). Immer iſt es der charakteriſtiſche Gedanke ſeiner Theorie, daß die Strafe

---

§. 1 ff. Elemente dieſer Theorie ſ. bei Goodricke Tentamina jurispr. rat. de jure pun. 1766. Claus de natura del. (b. Martin Coll. Diss. I. p. 232 sq.). Malblank Opusc. ad j. crim. spect. p. 158 sq. Stübel Syſtem d. allg. peinl. R. I. §. 12 ff. 67 ff. v. Almendingen in d. Bibl. I, 3. S. 5 ff. (Dieſer und Stübel giengen jedoch ſpäter zu Feuerbach über). Kleinſchrod Syſt. Entw. II. S. 8 ff. — Anhänger Grolmans iſt Tittmann. Nur unweſentlich verſchieden iſt die Theorie von Schaffrath Grundwiſſenſch. d. Rechts §. 147 ff. 186.

1) Bibl. I, 2. S. 3 ff. Reviſ. I. 78 ff.

2) Feuerbach üb. d. Strafe als Sicherung S. 12 ff. A. M. Hepp Darſt. II, 2. S. 505 ff. ſ. dag. auch Bauer Warn.th. S. 355 und Hepp ſelbſt S. 519 ff. Für die relative Vertheidigung der Präventionstheorie eb. S. 534 ff. würde ſich Grolman ebenſo bedankt haben, wie für die ſpießbürgerlichen Mitleidsbezeugungen auf Koſten Feuerbachs eb. S. 482 ff. und ſonſt.

3) Begründung ꝛc. S. 103 ff. vgl. dag. Feuerbach üb. d. Strafe als Sicherung ꝛc. S. 47 ff. Gleichwohl erklärt Bauer Abh. I. 64. 65 Grolmans Syſtem deshalb für ſynkretiſtiſch. Hiegegen lehnt ſich Hepp II, 2. S. 485 auf, räumt aber S. 501—503. 535 den (unrichtigen) Vorwurf Bauers als richtig ein! Vielmehr

unmittelbar auf den Willen des einzelnen Verbrechers bezogen wird. Zwar spricht er den Zweck der Besserung noch nicht unmittelbar aus, aber er zeigt schon ganz entschieden die Tendenz, den Verbrecher nicht nur von künftigen Verbrechen abzuhalten, sondern auch ihn selbst möglichst zu erhalten und —, wie er wenigstens in einer Note sagt, — politisch zu bessern [1]). — Hieran haben denn eben die auf dem Boden der Kantischen Philosophie entstandenen Besserungstheorieen angeknüpft [2]), und mit Recht; denn, wenn Rechtsgesetz und Rechtsordnung als Schöpfung und Interesse des Ichs aufgefaßt werden müssen, so versteht sich im Grunde die Forderung von selbst, daß im Wohle des Ganzen das Wohl des Einzelnen miterhalten werden müsse. Nur freilich hat die Besserungstheorie sich von der Protektion der Spezialprävention zu emanzipiren gesucht und ist damit großentheils ganz aus dem Rechtsgebiete herausgekommen.

b) Das Moment wird auf das begangene Verbrechen bezogen, aber so, daß die Berücksichtigung des Einzelwohls nicht abstrakt (wie in den einfachen Erstattungstheorieen — s. II.) [3]) hervortritt, sondern innerhalb der Grenzen der Sorge für das Gemeinwohl (die allgemeine Rechtsordnung) gehalten bleibt. Diese Theorie in ihrer konsequentesten Ausführung [4]) setzt den Zweck der Bestrafung in die Erstattung des ganzen durch die Rechtsverletzung bewirkten intellektuellen (oder idealen) Schadens, welcher in der Störung des Prinzips des rechtlichen Willens liegt. Der Verbrecher selbst zeigt durch seine Handlung einen

---

findet sich aber eine Kombination der Androhungs- und der Präventionstheorie nicht bei Grolman, dagegen allerdings bei Oersted Grundr. S. 46 ff. Escher vier Abh. S. 39 f. 61 f. J. C. F. Meister NaturR. §. 583. Stübel im Anh. z. Mitterm. üb. d. neusten Zustand. vgl. jed. Welcker S. 228 ff.

1) Kritiken der Präv.theorie s. bei Feuerbach a. a. O. Welcker S. 231 ff. Henke I. §. 20. Richter S. 184 ff. Bauer Warn.th. S. 352 ff. Wirth Hdb. S. 85 ff. Stöckhardt Nat.R. S. 268. v. Linf S. 71. n. 46. Schröter S. 50. Hepp II, 2. S. 486 ff. Freytag S. 175 ff. (Der Franzose „Reuter," den dieser als Anhänger G's aufführt, scheint Rauter traité du droit crim. I. p. 3 sq. sein zu sollen, der aber nicht hierher gehört, sondern im Wesentlichen mit Mittermaier s. o. übereinstimmt. Möller S. 43. — N. Rev. 811—813.

2) s. bes. Stelzer a. a. O. und Kritik d. Eggers'schen Entw. S. 4 ff., welcher sich, wie Grolman, an Fichte lehnt.

3) Natürlich fehlt es hier nicht an Uebergängen, da auch die unter II. Genannten nie ganz vom Gemeinwohl abstrahiren. Daher stellt Bauer Warn.th. S. 303 sämmtliche Erstattungstheorieen zusammen, und zählt nur irriger Weise auch Hegel (S. 272) und Henke hierher; schief ist dagegen die Auffassung bei Hepp II, 2. S. 743.

4) Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 249 f. Universal-Encyklop. S. 115 ff. bei Thilo S. 27—37. — vgl. ähnliche Ansichten bei Cropp Praecepta circa pun. conatum I. p. 11 sq. Schröter Hdb. S. 48. 51. Roßhirt Lb. § 8. Wächter I. S. 51. 52. — Einzelne Elemente dieser Theorie finden sich bei allen ob. unter II, als Vertheidiger der Erstattung, Buße u. Aussöhnung Genannten. Nur freilich greift bald das privatrechtliche Moment (z. B. bei Schmid, Hänsel ꝛc.), bald das moralische (v. Bothmer, Cousin, Krug ꝛc.) ungebührlich vor. Bei Klein, Schneider und v. Droste-Hülshoff geht die Erstattung sogar nahezu in Prävention über. Gleichwohl ist es ungerecht und „unehrlich", wenn Hepp die Letztgenannten geradezu unter die Kategorie I. (abstrakte Abschreckung durch die Strafzufügung) stellt II, 1. S. 109 ff. und — wunderlich, wenn er auch Wächter (Tüb. krit. Ztschr. I, 2. S. 37 ff.) hier unterbringt, eine Kuriosität, die nur von Freytag S. 143 noch überboten wird.

Mangel der rechtlichen Willensbeſtimmung, einen Mangel der Harmonie ſeiner Triebe mit den Forderungen des Rechtsgeſetzes. Bei den übrigen Bürgern erzeugt das Verbrechen theils Mangel der Achtung und des Vertrauens zum Thäter, theils Mangel der Achtung vor dem Rechtsgeſetze, das durch das Verbrechen herabgewürdigt und zu deſſen fernerer Herabwürdigung ein böſes Beiſpiel gegeben iſt. Hinſichtlich des Verletzten endlich enthält das Verbrechen theils eine Ehrverletzung, theils ſtört es deſſen rechtliche Willensbeſtimmung. Der Zweck der Strafe iſt daher ein mehrfacher: moraliſche oder wenigſtens politiſche (Abhaltung von weiteren Uebelthaten) Beſſerung des Verbrechers, — Wiederherſtellung der Achtung und des Zutrauens ſeiner Mitbürger gegen ihn, — Wiederherſtellung der rechtlichen Willensbeſtimmung bei den Bürgern überhaupt, — Wiederherſtellung der Ehre des Beleidigten und ſeiner rechtlichen Willensbeſtimmung, — nöthigenfalls Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede. — Mit Unrecht hat man dieſe Theorie theilweiſe ſchon ganz den abſoluten beigezählt [1]), zu denen ſie allerdings den nächſten Uebergang bildet (dem Inhalt nach, nicht etwa, weil der Urheber ohne philoſophiſches Bewußtſein geweſen wäre, wie die unter 1) a) bb) Genannten). Sie ſteht ganz und gar auf Kantiſchem Boden, und leidet noch ganz an dem Mangel, anſtatt des Verbrechens ſelbſt nur deſſen Folgen in's Auge zu faſſen, obwohl es ein großer Fortſchritt war, daß ſie überhaupt das begangene Verbrechen zum Ausgangspunkte nahm. Jener Fehler brachte es denn nothwendig mit ſich, daß das civilrechtliche Prinzip der Entſchädigung in ein Gebiet hinein erſtreckt werden mußte, in welchem die Wiederaufhebung des Unrechts ſich nothwendig qualitativ anders geſtalten muß. Dazu begeht ſie den Fehler, die Subſtanz des Rechts ſelbſt für verletzbar zu halten; was ſie aber außerdem von Schadensobjekten nennt, ſind — mit Ausnahme der vom Verbrecher ſelbſt bewieſenen Unvernunft — ſammt und ſonders ganz indifferente Momente [2]).

3) Wie Bentham in der romaniſchen Philoſophie, ſo hat in der deutſchen Fichte die bei den Andern zerſtreuten Momente zu Einem Syſtem zu verbinden gewußt [3]). Die bei Grolman nur als Schranke anerkannte Berechtigung des Einzelwohls tritt bei F. als poſitive Forderung auf, indem er der Theſis, daß jeder Verbrecher als Verletzer des Bürgervertrags der Strenge nach aus dem Bürgerverein ausgeſtoßen, d. h. rechtlos werden müſſe, ſofort die Antitheſis entgegenſtellt, daß in allen Fällen, in welchen die allgemeine Sicherheit damit beſtehen könne, an die Stelle der Rechtloſigkeit ein milderes Reaktionsmittel treten müſſe,

---

1) ſo Abegg und Jarcke, wogegen Henke das Syſtem W's als eine Kompilation aus den verſchiedenſten relativen Theorieen bezeichnet. Hdb. I. 101 ff. —

2) Kritiken ſ. bei Oerſted Grundr. S. 82 ff. Henke a. a. O; Bauer Warn.theorie S. 315 ff. Hepp II, 2. S. 744 ff. Freytag S. 138 ff. — ſ. dag. N. Rev. S. 785. 786. Bei Thilo S. 27—37 neigt ſich Welcker allerdings ſehr der hier durchgeführten Anſicht zu, wie auch Rotteck eb. S. 23—26.

3) Naturrecht II. 95 ff. Die juriſtiſche Literatur hat ſich etwas damit gewußt, gerade den tiefſinnigſten Jünger Kants über die Achſel anzuſehen. So entblödet ſich ſelbſt Henke I. §. 21. nicht, Fichte mit einem Mereau und Gen. (ſ. darüber Grolmans Bibl. I, 1. S. 153 f.) zuſammenzuſtellen, was ihm Hepp II, 1. S. 25 ff. nachthut, jedoch mit der Bemerkung, Fichte habe „mit Geiſt geſchrieben." ſ. jedoch wenigſtens Oerſted Grundr. S. 62. 63 Note.

da der Staat ſich ſeine Bürger ſo viel als möglich zu erhalten habe. Der Grundgedanke der wahren Konſequenz von Kants Syſtem, daß das Rechtsgeſez das einzig mögliche Sozialgeſetz ſei, daß aber ſeine Exiſtenz auf die Freiheit des Ichs ſich gründen müſſe, daß mithin in den rechtlichen Juſtitutionen, namentlich denn auch im Strafrechte, das Wohl des Ganzen mit dem des Einzelnen vermittelt ſein müſſe, iſt hier auf's Stärkſte ausgedrückt, und eben damit ſind die Prinzipien von Feuerbach und Grolman in ihr wahres Verhältniß gebracht [1]). Wenn ſodann jener mit dem Verſuche, die Zufügung der Strafe auf das Grundprinzip des Vertrags zu gründen, ſcheiterte und überhaupt durch ſeine Trennung zwiſchen Androhung und Zufügung der Strafe aus der Konſequenz fiel, und wenn andrerſeits Grolman zwar das Vertragsprinzip ſtets achtete, aber durch die Forderung einer rechtlichen Geſinnung den Unterſchied zwiſchen den Gebieten des Rechts und der Moral, worauf doch das ganze Syſtem beruhte, aufzuheben drohte, — ſo blieb Fichte ſtreng bei dem ſpekulativen Kern der Lehre, indem er das ganze Strafrecht ohne allen Rekurs auf moraliſche Ingredienzien eben nur auf die durch Vertrag gegründete Zwangsinſtitution des Staats gründete. Indem er nun für die Fälle der Antitheſis den Abbüßungs- und den Beſſerungsvertrag ſtatuirt, für die äußerſten aber die Ausſtoßung aus dem Bürgerverein und infolge davon den Kriegszuſtand zwiſchen dem Staat und dem Verbrecher zuläßt, ſo ſind in ſeiner Lehre die Androhung, die Prävention, die Beſſerung, die Abbüßung, die Selbſterhaltung des Staats und ſogar — wenn auch in mangelhafter Weiſe — die Idee der objektiven Genugthuung mit dialektiſcher Kunſt in Ein Ganzes gebracht [2]). Zugleich iſt aber hier erſt ganz rückſichtslos mit der Kantiſchen Deduktion des Rechtsgeſetzes aus dem Sittengeſetze gebrochen und die Strafe, alles Abſoluten entkleidet, ganz unter die Kategorie des Relativen geſtellt.

---

1) Davon wiſſen freilich in der Regel die Beurtheilungen nichts zu melden. vgl. Oerſted Grundr. S. 61 ff. Henke Hdb. I. §. 21 (nachdem er früher ein Anhänger F's geweſen war. ſ. üb. den gegenwärt. Zuſtand ꝛc. S. 98 ff.). Wächter I. §. 24. n. 72. Welcker S. 222. 223. Abegg Lb. S. 62. Bauer Warn.th. S. 380. Hepp II, 1. S. 38 ff. Luden Hdb. I. 47. 48. Freytag S. 192—196. Möller S. 24. — N. Rev. S. 813—815.

2) Bauer, der überall gemiſchte Theorieen wittert, bringt auch Fichte's Syſtem, von dem er weiter nichts zu ſagen weiß, glücklich hier unter (ſ. auch Henrici S. 270). Mit Recht nimmt ſich Hepp hiegegen F's an. Uebrigens ſpricht Hepp ſtets von „koalirten" Syſtemen, während er v. Kapff es ſehr übel nimmt, daß er „Expiation" und „Repreſſion" ſage, ſtatt ganz deutſch: „abſolutes und relatives Prinzip" zu ſagen. — Die von Fichte nachgewieſene Mannigfaltigkeit der Beziehungen der Strafe ließen ſich übrigens auch andere gefallen, ohne es mit dem Beweiſe ſo ſtreng zu nehmen. ſ. z. B. Gros Nat.Recht §. 346 ff. Bezin die Befugniß des Staats in Hinſicht auf Rechtsverletzungen. — In Verwandtſchaftsverhältniß mit Fichte's Syſtem ſteht die Theorie von J. G. A. Wirth Hdb. d. Strafr.Wiſſ., der freilich über F. ſelbſt oberflächlich abſpricht und ſogar den Verſuch macht, den Standpunkt Fichte's mit dem von Hegel zu vermitteln, zulezt es aber doch nur zu einer Theorie des Gleichgewichts verſchiedener Strafzwecke bringt. N. Rev. S. 818. 819.

Dritter Abschnitt.

Das Prinzip der Strafe (und die Strafarten).

§. 121.

Das eigenthümliche Wesen des Staats besteht in der Verwirklichung des Sittlichen zu objektiver Geltung. Gleichwohl ist der Staat der Ausdruck der sittlichen Idee selbst, — auf einer bestimmten Stufe ihrer Verwirklichung. Daher darf er auch gegen die subjektive Verinnerlichung des sittlich Nothwendigen sich nicht abschließen. Wie daher alle Staatsthätigkeiten zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen sich aufschließen müssen, so muß auch die Strafrechtspflege des Staats die Zwecke der Strafe für das Gemein- und Einzelwohl anerkennen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat sie seinem spezifischen Wesen gemäß nicht direkt erstreben kann und darf, wenigstens passiv anerkennen. Es tritt gerade hier der Punkt ein, wo sich die Strafgerechtigkeit des Staats von der Strafgerechtigkeit der Familie, Schule und Kirche (§. 26) unterscheidet. Jede dieser beiden Formen muß ohne Zweifel die beiden wesentlichen Momente des Begriffs der Strafe (§. 116. 117) in sich aufnehmen, so jedoch, daß je in der einen das eine, in der andern das andre, und zwar in der Strafgerechtigkeit des Staats seinem spezifischen Wesen gemäß das der objektiven Genugthuung das vorherrschende und bestimmende zu bilden hat. Die Strafe des Staats nämlich hat eben nur Verbrecher zur Voraussetzung, d. h. solche Individuen, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist. Daher darf der Staat zwar der Strafe keine der in ihrem Wesen liegenden subjektiven Intention (Erziehung, Züchtigung, Besserung ꝛc.) entgegengesetzte Qualität geben; allein ebensowenig darf er diese subjektive Intention als die Hauptsache mit Zwang zu verwirklichen suchen (§. 118). Vielmehr darf er mit seiner Reaktion die Subjektivität des Verbrechers nur in dem Maße ergreifen, wie dieser sie in der bestimmten Handlung selbst entäußert hat. Aber auch die auf das Gemeinwohl sich beziehenden Zwecke der Strafe können im Staatsstrafrechte keine abstrakte Geltendmachung ansprechen, da zwar allerdings das Recht zugleich als das allgemeine Wohl verwirklicht werden muß, hiebei aber das Prinzip des Wohls um so mehr als das sekundäre erscheint, als es die wesentliche Aufgabe einer andern Staatsthätigkeit (der Polizei) ist, das letztere Prinzip zum primären zu machen. Das Prinzip der vom Staat ausgehenden Strafe bestimmt sich daher dahin, daß sämmtliche aus dem objektiven oder subjektiven Moment

der Strafe für das Einzel- und Gemeinwohl abzuleitenden Zwecke innerhalb des im §. 118 angegebenen, dem Begriff des Staates als rechtlichen Instituts, wie dem Begriff des Verbrechens als einzelner Handlung entsprechenden Maßes gehalten bleiben müssen. N. Rev. §. 200. 204. 205.

§. 122.

Als Prinzip der Strafe im Staate — im Unterschied von der Strafe in andern sittlichen Kreisen — ergiebt sich daher die objektive Genugthuung nach dem Werthe (Wiedervergeltung). Da nun aber alle Staatsthätigkeiten als Aeußerungen der praktischen Vernunft ein organisches System bilden müssen, so folgt 1), daß auch in der Strafrechtspflege das relativ selbständige Hervortreten der Zwecke durch das Prinzip selbst hervorgerufen und je an geeigneter Stelle gesetzt sein muß. Soll mithin die Strafe den Zweck erhalten, absolutes Sicherungsmittel für die Gesellschaft zu werden, so muß das Verbrechen von solcher Tiefe sein, daß der Handelnde dadurch sein Recht, in der sittlichen Gemeinschaft thätig zu sein, ganz verwirkt haben muß. Soll die Strafe unter der Kategorie der Abschreckung, Züchtigung und Besserung sich zeigen dürfen, so muß die Subjektivität in der Handlung als eine solche hervorgetreten sein, welche in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken ist und deshalb der Zucht bedarf. 2) Sind aber diese Bedingungen vorhanden, so muß auch sofort der gesetzte Zweck als solcher wirklich bestimmende Norm für die Strafbestimmung und Vollziehung werden, wenn auch immer nur innerhalb der durch das Prinzip der objektiven Genugthuung gegebenen Maßbestimmtheit. 3) Umgekehrt setzt aber das Prinzip in der Anerkennung dieser Zwecke sich selbst die Schranke, denselben nicht entgegenwirken, namentlich also keine damit unvereinbaren Strafarten anerkennen zu dürfen. Desgleichen muß die Vollziehungsweise der anzuerkennenden Strafarten so beschaffen sein, daß dadurch jene Zwecke mit befriedigt oder mindestens nicht ausgeschlossen werden (z. B. die Kraft der Abschreckung nicht verloren, die Wirkung der Besserung nicht gehemmt wird). N. Rev. §. 206 [1]).

---

1) Die hier gegebenen Bestimmungen über die Voraussetzungen und bei gegebenen Voraussetzungen über die Nothwendigkeit der Pönitentiarbehandlung sind um so wesentlicher, je mehr sie gewöhnlich ignorirt werden. Denn, was Abegg N. Arch. 1845. S. 239—269 ausführt, ist durchaus nicht genügend, da daraus vielmehr die Zulässigkeit der Pönit.behandlung unter allen Umständen folgen würde (s. auch Naumann üb. d. Strafrechtstheorie und das Pönit.system). Ueber diesen viel zu vagen, gerade das Hauptmoment übersehenden Gesichtspunkt kommt aber auch Mittermaier in seinen vielfach wiederholten Ausführungen über die wahre Bedeutung

§. 123.

Hiemit ſind aber alle aus dem Prinzip des Wohls abzuleitenden Forderungen ſo vollſtändig befriedigt, als es innerhalb einer vorzugsweiſe zur Herſtellung des Rechts berufenen Staatsthätigkeit geſchehen kann [1]), und zwar auf eine ſolche Weiſe, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich ſubjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums bleibt. N. Rev. §. 207.

1) Gerade dieſe gerechte Anerkennung der aus dem Prinzip des Wohls fließenden Zwecke der Strafe fehlt bei Hegel [2]). Wenn es freilich ſchon mit dem äußerlichen (mechaniſchen) Koordiniren beliebiger oder auch ſämmtlicher Strafzwecke neben dem Prinzip der Wiedervergeltung gethan wäre, ſo hätte man nur bei den Vertretern des alten Naturrechts ſtehen bleiben dürfen, die bei ihrer Tendenz, nur eben das Gegebene vernünftig zu begründen, in der Regel ein viel vollſtändigeres Geſammtbild der Strafe liefern, als ihre ſämmtlichen Nachfolger, nur freilich noch keineswegs in philoſophiſch vermittelter Weiſe [3]). Auch ſeit

---

des Beſſerungszwecks, wobei er eben nur Abegg folgt, nicht hinaus. ſ. z. B. N. Arch. 1846. S. 143 ff. Neueſter Zuſtand der Gefängnißeinr. in England. S. 78 ff., daher er wohl nicht berechtigt war, der N. Rev. in dieſem Punkte Lücken und Mißverſtändniſſe vorzuwerfen, welcher Vorwurf vielmehr ihn ſelbſt trifft. Auch Naumann a. a. O. hat jener eine zu große Beſchränkung des Pönitentiarſyſtems mit Unrecht Schuld gegeben. ſ. meinen Art. in der Hall. allg. Monatsſchr. Juni 1850. S. 361—370. Jede neue Idee ſucht ſich freilich zuerſt weit über das richtige Maß hinaus geltend zu machen. Aber die Aufgabe der Wiſſenſchaft iſt es eben, dieſes Maß feſtzuſetzen, da durch prinziploſe Uebertreibung der guten Sache nur geſchadet wird. ſ. unten. — Uebrigens wurde, was Abegg ſagt, längſt ſchon und inhaltreicher von Henke I. §. 69 ausgeführt. ſ. auch Mittermaier N. Arch. 1844. S. 114 ff.

1) Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe erfüllt ſich durch die anderweitig bewieſene Nothwendigkeit, dem Rechte geſetzliches Daſein zu geben. Die Forderung der Spezialprävention vollzieht ſich durch die (§. 122) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abſchreckung von künftigen Verbrechen involviren und daß dieſe Möglichkeit gegenüber einem erziehungsbedürftigen Subjekte als wirkliche Zucht hervortreten müſſe. Eben dadurch und durch die damit gegebene Möglichkeit, bei Verbrechen von beſonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel zur Abſchreckung Anderer zu gebrauchen, erfüllt ſich die Forderung, daß die Strafe als Mittel benützt werde, das gleiche widerrechtliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung aufzuheben. Indem aber die objektive Genugthuung das Strafprinzip ſelbſt bildet, ſo iſt damit an und für ſich die Forderung erfüllt, die Geſetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgeſprochenen allgemeinen Willen als den unverbrüchlichen aufzuweiſen, ſowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von ſelbſt ſeine Befriedigung findet. Endlich aber iſt durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung der Tilgung der Schuld als eine theils vom Verbrecher ſelbſt zu vollziehende, theils vom Staate vormundſchaftlich zu befördernde anzuerkennen, auch der Zweck befriedigt, jenen nicht dem Gemeinwohl zu opfern, ſondern möglichſt ſeine Erhaltung für den Staat zu erſtreben.

2) ſ. N. Rev. S. 765. 778—780. 782.

3) So finden ſich ſchon bei Grotius (II. c. 20) neben der Wiedervergeltung (malum passionis ob malum actionis; — sicut qui vendit, obligasse se censetur ad omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit, sua voluntate se videtur obligasse poenae) die Zwecke der Vergütung, Sicherung, Beſſerung aufgeführt. vgl. Puffendorf VIII. c. 3. §. 2 sq. (falſch bei Hepp I. 14. 15. II, 2. S. 663).

Kant fehlt es nicht an mancherlei Versuchen, die absolute Theorie mit einem oder dem andern Zwecke oder einer Mehrheit von Zwecken zu kombiniren, bald so, daß beide Momente sich einfach koordinirt werden [1]), oder genauer einander ergänzen sollen [2]), bald so, daß je das eine Moment das konstituirende, das andre das regulirende Prinzip bilden soll [3]). Gegen derlei bloß mechanische Versuche, den an sich richtigen Grundgedanken zum Ausdrucke zu bringen, daß es den auf Beförderung des Einzel- und Gemeinwohls gerichteten, in den sog. relativen Theorieen hervorgehobenen Zwecken der Strafe an innerer Berechtigung nicht fehle, erklärten sich Mehrere mit Recht, weil sie sehr wohl einsahen oder fühlten, daß mit solchem bloßen Koordiniren, ja selbst mit einem scheinbar ungefährlichen bloßen Subordiniren eines oder mehrerer sofort zum Reguliren schrankenlos berufener Zwecke das absolute oder Gerechtigkeits-Prinzip zur bloßen Illusion werde [4]). Allein es war nun andrerseits zu weit gegangen, wenn man die durch die gedachten Zwecke geforderten Wirkungen der Strafe nur als zufällige Modalitäten bezeichnete, die sich bei der Anwendung der Strafe nach der absoluten Theorie (Wiedervergeltung, Gerechtigkeit) schon von selbst einstellen werden [5]). Vielmehr mußte man dazu weiter gehen, jene Zwecke als relativ wesentliche Momente in der Ausführung des absoluten Prinzips selbst organisch zur Entwicklung zu bringen [6]).

2) Die Frage, ob auch das positive gemeine Recht eine Strafrechtstheorie — und welche es befolgt habe, wird sehr verschieden beantwortet. Sehr viele antworten überhaupt mit Nein [7]); mit Recht, wenn von einer wissenschaftlich syste-

---

Leyser Sp. 649. med. 1. Dagegen gehören Michaelis, Böhmer u. A. nicht hierher, die sich nur an die Kategorie der Zweckmäßigkeit halten (so auch Cujaz, Huber bei Wächter I. S. 50 citt.).

1) so bei Krug philos. Rechtslehre §. 63.

2) so bei Henrici üb. d. Unzulänglichkeit ꝛc. v. Kapff Bemerk. z. Wirt. Entw.

3) Die letztere Eigenschaft wird bei Mittermaier dem Gerechtigkeitsprinzip übertragen, und gleichwohl meint er eine „Gerechtigkeitstheorie" aufzustellen! s. o. — Dagegen erscheint jenes Prinzip als das konstitutive bei Rossi (s. N. Rev. S. 825—828), bei dem jedoch die Ausführung zum Siege des relativen Moments ausschlägt, welches als eine Mehrheit von Zwecken auftritt, — sowie bei Henke und Möhl, welche nur den Besserungszweck zum Regulator machen, aber gleichfalls auf Kosten des konstitutiven Prinzips. s. auch Heffter §. 91. 109. 114. Hélie I. 10—16.

4) Jarcke I. 249. Stahl II, 2. S. 372 ff. Richter S. 141. 142. 171—174. Abegg Strafr.theor. S. 28. 33. Henke I. §. 4. vgl. jed. S. 406. 407. 578, wo seine frühere Ansicht nachwirkt. Bauer Warn.theor. S. 391. 392 (sehr oberflächlich). Hepp I. 261—367 (etwas besser, doch auch ohne Verständniß des Wesens der abs. Theorie). Luden Hdb. I. 57—59. Freytag S. 116. 117 (vag). N. Rev. S. 779. 780.

5) so Jarcke I. 246 ff. Stahl u. Richter a. a. O. Abegg Lb. §. 46. Anm. §. 47. 50. 114. N. Arch. 1845. S. 239 ff. Henke I. §. 4. s. jed. vor. Note. Luden I. 59. s. dag. N. Rev. S. 782.

6) Berner N. Arch. 1845. S. 163—171 (vgl. Hepp Vorr. zu II, 2!!). Tiefer eingehend Wirth Ethik II. 321 ff. N. Rev. §. 205—207. Naumann a. a. O. vgl. Hall. Allg. Monatsschr. 1850. S. 361 ff. Stein Hall. A. Lit Ztg. 1846. S. 744.

7) so auch Grolman §. 152. 163. a., der aber doch meint, wenn man einmal eine Grundansicht im gem. deutschen Rechte finden wolle, so könne es wohl nur die Spezialprävention sein. vgl. Martin §. 6. 7. Dabelow im N. Arch. III. S. 617 ff. Bauer Warn.th. S. 375. 376.

matiſirten Theorie die Rede iſt, dagegen mit Unrecht, wenn damit geſagt ſein ſollte, dem gemeinen Rechte habe es an allem beſtimmten Bewußtſein über die rechtliche Natur der Strafe gefehlt. Umgekehrt wollen Andre in dieſen Rechten beſtimmte Strafrechtstheorieen niedergelegt finden. Hiegegen ſind jedenfalls zunächſt diejenigen im Rechte, welche das römiſche, kanoniſche und deutſche Recht nicht über Einen Leiſten geſchlagen wiſſen wollen [1]). Es waren jedoch wieder willkührliche Abſtraktionen, wenn man dem deutſchen Rechte vor dem Eindringen des Einfluſſes der Kirche lediglich den Gedanken der nur die materielle Rechtsverletzung berückſichtigenden Privatrache (resp. Kompoſition), dem römiſchen bloß die politiſchen Beziehungen der Strafe, dem kanoniſchen die ſittliche Idee der Buße zur Grundlage gab [2]). Jedenfalls kamen diejenigen der Wahrheit näher, welche ſolche Fixirung je Einer Grundanſicht von der Strafe in den drei Quellen des gem. deutſchen Rechts als unrichtig verwarfen [3]), und vielmehr theils (bei den Römern und Deutſchen) nationale [4]), theils weltgeſchichtliche Entwicklungsperioden [5]) der ſtrafrechtlichen Idee annahmen. Nur ſind eben dieſe Perioden wieder bald im Allgemeinen nach ſehr abſtrakten Kategorieen zugeſchnitten, bald in der Anwendung auf die einzelnen Völker mit ſehr willkührlichem, und daher auch ſehr verſchiedenem Inhalte ausgeſtattet. Abgeſehen davon iſt der Gedanke einer allmäligen Entwicklung der ſtrafrechtlichen Idee an ſich ohne Zweifel ein ganz richtiger, und nicht minder die Annahme, daß kein geſchichtlich hervorgetretenes Strafrecht ſich jemals auf irgend eine einſeitige Theorie zurückführen laſſe. Es iſt hier nicht der Ort, dies genauer zu belegen, was der geſchichtlichen Darſtellung vorbehalten bleiben muß. Vielmehr wird die Bemerkung genügen, daß der an Momenten ſo reiche Begriff der Strafe nicht verfehlt haben könne, auch in der Geſchichte ſeinen Reichthum zu entfalten, aber freilich nicht auf einmal den ganzen, den in der That weder das römiſche, noch das deutſche Recht auf ihren jüngſten Entwicklungsſtufen vollſtändig herausgearbeitet zeigen, daher er noch viel weniger auf den früheren Entwicklungsſtufen erwartet werden kann [6]). Es iſt daher auch nicht richtig, wenn die Gerechtigkeitstheorie (ein ohnedies ſo vager Begriff) als diejenige bezeichnet wird, welche überall dem poſitiven Strafrechte zu Grunde liege [7]), da man ja zugleich zugeben muß, daß höchſt einſeitige Zwecke (namentlich der Abſchreckungszweck) ſehr häufig mit Verletzung des Gerechtigkeitsprinzips geltend gemacht worden ſeien. In der That liegt es in der Natur der Dinge, daß auf verſchiedenen ſtaatlichen Bildungsſtufen verſchiedene Seiten am Begriffe der Strafe hervortreten

---

1) ſ. Jarcke I. 51 ff. Luden I. 83.

2) Jarcke I. 10—58. 253—255. Nur im MA. und noch etwas ſpäter ſoll das Abſchreckungsprinzip zur Herrſchaft gelangt ſein. ſ. übr. die richtige Bemerkung S. 21. n. 1. Aehnlich Henke I. §. 8—16 (jedoch im Einzelnen, namentlich hinſichtlich des altdeutſchen Rechts, abweichend).

3) Klenze Lb. Vorrede S. VI.

4) ſ. z. B. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 450 ff. Encyklop. S. 332 ff. Bosserer de indole jur. crim. Rom. p. 18 sq. Rein S. 82. vgl. hinſ. des deutſchen Rechts auch Henke und Jarcke a. a. O. und faſt Alle, die darauf eingehen.

5) Abegg Strafrechtstheor. S. 20. n. 18.

6) ſ. §. 116. Anm. 3. §. 117. Anm. 2. §. 118. Anm. 1.

7) Abegg Strafrechtstheor. S. 78 ff. Lb. §. 51—53.

und ſich vorwiegend geltend machen; und zwar werden es namentlich diejenigen ſein, die unter das Moment der objektiven Genugthuung fallen oder vorzugsweiſe zu Beförderung des Gemeinwohls dienen [1]), wogegen die ſpezifiſch auf das Einzelwohl gerichteten Zwecke (Buße, Ausſöhnung, Beſſerung) im Strafrechte des Staats nie primär zur Geltung kommen, wohl aber bei höherer geſellſchaftlicher Bildung und reiferer Organiſation der übrigen Staatsverwaltung (Polizei, Unterrichtsweſen ꝛc.) den Zwecken der Sicherung und Abſchreckung mäßigend entgegentreten werden. Treten aber zeitweiſe oder treten zu gegebener Zeit in einzelnen Parthieen eines poſitiven Strafrechts ſolche beſtimmten Seiten der Strafe vorwiegend hervor, ſo geſchieht dies doch in der That niemals mit Ausſchließung aller übrigen; denn der Begriff der Strafe iſt, wie an ſich, ſo auch in der Wirklichkeit ſtets ein lebendiges Ganzes, das eben in der Wirklichkeit nie zu einer bloßen Abſtraktion werden kann. Dies zeigt ſich namentlich auch am kanoniſchen Rechte, bei dem man eben um ſeines kirchlichen Urſprungs willen mehr, als bei irgend einem weltlichen Rechte, eine ſchneidende Einſeitigkeit in der Auffaſſung der Strafe erwarten ſollte. Gleichwohl hat auch hier die allerdings vorwiegende Beziehung der Strafe auf das Innere des Schuldigen (Züchtigung, Entſühnung, Abbüßung, Beſſerung) keineswegs andre weſentliche Beziehungen derſelben (Genugthuung, ſelbſt in materieller Form durch Geld und Gut, Selbſterhaltung des Klerus in ſeiner Standeswürde, Spezial- und Generalprävention) ausgeſchloſſen [2]), — was ſich freilich dadurch erklärt, daß die Kirche im MA. einen dem des Staats analogen Standpunkt einnahm [3]). — Was nun aber die weltlichen Rechte betrifft, ſo iſt beim neuſten römiſchen ſogleich die noch nicht gänzlich verſchwundene prinzipielle Verſchiedenheit des öffentlichen und des Privatſtrafrechts in's Auge zu faſſen [4]). Bei jenem aber, das man allein in Betracht zu ziehen pflegt, iſt es ebenſo willkührlich, wenn man die Vergütung des intell. Schadens [5]),

---

1) Und zwar wird natürlich in der Regel der Zeit nach die materielle Wiedervergeltung (Rache, Kompoſition) vorangehen, worauf dann eben aus dem Zwitterding der Kompoſition (Privatſtrafe) der Gedanke der idealen Vergeltung ſich entwickelt und in der öffentlichen Strafe als objektiver Genugthuung ſein angemeſſenes Daſein erhält. Mit der einmal geſetzten Eigenſchaft der Strafe als Reaktion in öffentlichem Intereſſe iſt dann aber von ſelbſt die Hervorhebung ihrer mannigfachen Beziehungen auf das Gemeinwohl (Selbſterhaltung der Geſellſchaft, Sicherung, Abſchreckung, Vergütung des idealen Schadens ꝛc.) hervorgerufen, wobei denn die Kombination der Elemente ſich nach der Nationalität, Bildungsſtufe, weltgeſchichtlichen Stellung des Volks ꝛc. beſtimmt. — Daß aber auch dieſer natürliche Entwicklungsgang nicht zum abſtrakten Normalmaß gemacht werden darf, zeigt der eigenthümliche (freilich ſelten gehörig erwogene) dualiſtiſche Bildungsverlauf des römiſchen Strafrechts.

2) De poenitentia D. I. c. 63. 64. 66. 84. — c. 2 X. de poen. (V. 37). c. 1 X. de maledicis (V. 26). c. 1 X. de excess. praelat. (V. 31). c. 35 X. de sent. excommun. (V. 39). De poenit. D. IV. c. 1. Caus. XXIII, qu. 4, c. 33.

3) Wilda S. 530 ff. Roßhirt Geſch. u. Syſt. I. 171 ff. Klenze Lb. Vorr. p. VI.

4) Dies geſchieht aber weder bei Welcker, Cropp und Wächter, noch bei Rein a. a. O., auch bei Abegg wenigſtens nicht gehörig.

5) Daß die Strafe ſich auf den Willen beziehe, worin Wächter I. §. 28. 29. n. 77 das Charakteriſtiſche findet (vgl. Welcker und Cropp) iſt nichts Beſonderes; dies geſchieht auch bei den Präventions- und Beſſerungstheorieen.

als wenn man die Abſchreckung [1]) oder Sicherung [2]) oder die reine Gerechtigkeit [3]) als das herrſchende Prinzip darin finden will. Allerdings ſprechen verſchiedene Stellen das ſpezifiſche Weſen der öffentlichen Strafe als objektiver Genugthuung für das begangene Verbrechen unumwunden aus [4]), wobei jedoch wohl zu bemerken iſt, daß die gleiche Würdigung der objectiven Seite des Verbrechens mit ſeiner ſubjektiven im Kaiſerrecht zwar angebahnt, aber nicht mehr konſequent durchgeführt worden iſt (§. 65. Anm. 5. §. 69. Anm. 2. §. 80. Anm. 2. 3. §. 81. Anm. 1. §. 90. Anm. 4. §. 92. Anm. 2). Hievon aber abgeſehen, fehlt es auch nicht an andern Stellen, welche die Zwecke der Spezial- und Generalprävention, und zwar nicht etwa immer nur als ſekundäre Modalitäten, ſondern nicht ſelten als primär entſcheidende Momente aufführen [5]) (wogegen die pädagogiſche Tendenz der Strafe vornämlich nur im Familienſtrafrechte und dem als Surrogat hievon erſcheinenden öffentlichen ſich geltend macht. §. 117. Anm. 2). — Ebenſo willkührlich iſt es, das deutſche öffentliche Strafrecht, wie es nach langem Kampfe mit den alten Formen der Rache und Kompoſition endlich in der P.G.O. ſich fixirte, unter die Rubrik einer beſtimmten Strafrechtstheorie bringen zu wollen [6]), was namentlich auch von der Gerechtigkeitstheorie gilt [7]). Allerdings wurde die Handhabung des Strafrechts als eine Sache der Gerechtigkeit um ihres von Gott verordneten Berufs willen den fränkiſchen und deutſchen Königen ſtets von der Kirche nahe gelegt [8]). Es iſt jedoch zwiefach unrichtig, wenn auf das chriſtliche Königthum der Eintritt des Gerechtigkeitsprinzips in das deutſche (oder ſchon das germaniſche) Strafrecht zurückgeführt wird [9]). Denn einerſeits lag der Gedanke, daß das Verbrechen

---

1) wie Kleinſchrod II. §. 51. Jordan Ausleg. d. Strafgeſ. S. 60 f. Luden I. 82.

2) wie Grolman a. a. O.

3) wie Abegg. vgl. dag. Luden a. a. O. n. 4. Borſt und Tafinger wollten die Wiedervergeltung nach Kantiſchem Schnitt darin finden.

4) l. 131 D. de V. S. (50. 16). l. 11. 37 D. de poen. (48. 19). l. 22 C. eod. (9. 47). Nov. Leon. 105. l. 9. 10 D. de extraord. crim. (47. 11). l. 3 §. 2 D. de term. mot. (47. 21). l. 7 §. 3 D. de leg. Jul. repet. (48. 11). vgl. Cic. de off. I. 25. in Pison. 19. Liv. X. 40. Tac. Annal. III, 69.

5) L. 6 i. f. D. de cust. reor. (48. 3). l. 1 §. 1 D. de J. et J. (1. 1). l. 20 C. i. f. de furt. (6. 2). l. 14 C. de poen. (9. 47). Nov. 17. c. 5. — L. 6 §. 1. l. 16 §. 10. l. 28 §. 15. l. 38 §. 5 D. de poen. (48. 19). §. 8 J. i. f. de obl. quae ex del. (IV. 1). l. 3 §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 31 pr. D. depos. (16. 3). l. 6 §. 3 D. de R. M. (49. 16). l. 1 C. ad l. Jul. rep. (9. 27). l. un. pr. C. de raptu virg. (9. 13). Nov. 30. c. 11. vgl. die bald Einen, bald mehrere Strafzwecke (z. B. auch Selbſterhaltung der Geſellſchaft, Abbüßung, Beſſerung ꝛc.) anführenden Ausſprüche bei Cic. de off. I, 11. 25. III. 5. pro Rosc. Am. 24. 25. Sen. de ira I. 5. 6. 14—16. II. 31. de clem. I. 22. Gell. VI. 14. Ueber dieſe Aeußerungen ſ. Welcker S. 476 ff. Cropp l. c. p. 23 sq. Abegg Strafr.th. S. 98—105.

6) Verſchiedene Anſichten ſ. z. B. bei Kleinſchrod II. §. 53. Grolman §. 152. 163. n. a. Welcker S. 553 ff. Wächter I. §. 29. n. 77. Jarcke I. 21 ff. Luden I. 76 ff.

7) In höchſter Einſeitigkeit ſucht das Gegentheil auszuführen Abegg Strafr.-theorie S. 114 ff.

8) ſ. die Stellen bei Wilda S. 490 und bei Jarcke I. 21—23. n. 2. 3.

9) ſ. auch Henke I. §. 13. Luden I. 68.

nicht bloß Läsion des Einzelnen, sondern Bruch der Rechtsordnung überhaupt (des Friedens) und daher absolut nicht zu duldendes Unrecht sei (Friedlosigkeit des Verbrechers), schon dem heidnischen und republikanischen germanischen Rechte zu Grunde [1]). Andrerseits diente gerade der Uebergang des Gemeindefriedens in den Königsfrieden dazu, das Verbrechen als eine Beleidigung des Königs selbst, hiemit die Strafe als ein Recht erscheinen zu lassen, das er ausüben oder mit Geld und Gut ablösen lassen könne [2]), — von dem überwiegenden, aus herrschaftlichem Züchtigungsrecht entsprungenen Theile des öffentlichen Strafrechts ganz abgesehen [3]). In der That gehört denn auch große Befangenheit dazu, in dem öffentlichen Strafrechte, wie es in den Kapitularien (theilweise auch in den Volksrechten) [4]) und in dem Reichsfriedensrechte des MAs hervortritt, oder gar in den strafrechtlichen Bestimmungen der Lehns- und Dienstrechte, Stadt- und Landrechte des MAs, wozu man etwa auch noch das Faust- und Wehrrecht hinzunehmen kann, das reine Prinzip der gerechten Genugthuung (Vergeltung) ausgedrückt finden zu wollen. Alle im MA. von einer wahren Staatsgewalt (auch der bloß territorialen) ausgegangenen strafrechtlichen Normen zeigen allerdings das Bestreben, an die Stelle der Privatgenugthuung in der Strafe eine öffentliche zu setzen. Allein gerade diese oppositionelle Stellung gegen die dem Prinzip aller gesellschaftlichen Ordnung widerstrebenden Formen der Fehde und Komposition, das offenbare Bestreben, durch die Strafe nur überhaupt einen gesicherten gesellschaftlichen Zustand zu garantiren, führte nothwendig dazu, daß der politische Gesichtspunkt, die Sorge für das gemeine Wohl, das Interesse der Selbsterhaltung der Gesellschaft, der Sicherung und Abschreckung in den Vorgrund treten mußte [5]). Wenn nun die P.G.O. nebst den sie ergänzenden Reichs- und Landesstrafgesetzen entschieden als das unmittelbare Resultat dieser Bemühungen erscheint, so wäre es in der That höchst sonderbar, wenn nun in ihr auf einmal wie durch einen Zauberschlag der reine und volle, organisch ent-

---

1) Abegg S. 116 (vgl. Jarcke I. 21. n. 1) findet hierin wenigstens eine Ahnung des Gerechtigkeitsprinzips. An Halbheit leidet auch die Auffassung bei Luden Hdb. I. 62—66. vgl. Wilda S. 485 und sonst. Zöpfl RG. II, 1. §. 128 findet jenes Recht theokratisch und meint, es habe „ein verstecktes rohes Talionsprinzip" enthalten.

2) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 166—169. vgl. Jarcke I. 24—29. Ueber die hieraus, wie aus der Vorstellung, daß die Könige Gott näher stehen, sich entwickelnde Willkühr der königlichen Strafgewalt s. die Stellen bei Wilda S. 492. 493.

3) s. z. B. L. Baj. VI, 1. §. 3. L. Wisig. VIII, 3, 14. Childeb. II. decr. a. 596 (P. I. p. 10) c. 8. vgl. meinen Art. in d. Zeitschr. f. deutsch. R. XIV. 367 ff.

4) Die Präventions- und Nothwehrtheorieen haben in jenen Rechtsquellen die Auswahl. s. z. B. L. Burg. 52. add. I. c. 16. §. 5. L. Baj. I. 6 §. 1. Cap. Aquisgr. 802. c. 25. 33 (P. I. p. 95). Cap. Caroli II. Silvac. 853. c. 7 (P. I. p. 425). Cap. Ludov. II. 850. c. 2 (P. I. p. 406). Aethelreds Ges. IV. c. 8. Die rohe Auffassung der Strafe als Rache s. bes. im westgoth. Ges., und Beispiele grausamen Wüthens eb. VI, 2, 1. L. Henr. I. c. 75 pr.

5) Daher ist denn auch, je nachdem einzelne gesellschaftliche Klassen dem Staatsprinzip schon sicher unterworfen, oder erst noch zu unterwerfen sind, das Strafrecht bald ein über alle Maßen strenges, bald ein über alle Maßen mildes. s. meinen Art. in der Zeitschr. für deutsch. Recht XII. S. 33 ff. vgl. Mittermaier §. 5. c. z. F.

wickelte Begriff des Strafrechts hervorgetreten sein sollte [1]). Wie in der Regel alle Strafgesetzgebungen, so spricht auch die P.G.O. als ihre Absicht aus, Gerechtigkeit zu pflegen [2]), ein gerechtes Maß für die Strafe herbeizuführen [3]); und, daß sie hiebei ohne Zweifel das (noch ziemlich roh aufgefaßte) Prinzip der Wiedervergeltung im Auge hat, zeigen die sog. Talionsstrafen, die sie mehrfach vorschreibt [4]). Daneben gesteht sie jedoch offenherzig genug nicht sel tenselbst ein, daß sie das Maß entweder nicht erfülle oder überschreite um eines besonderen Zwecks (Besserung, Abschreckung) willen [5]), und dasselbe thut sie auch nicht selten, ohne es gerade heraus zu sagen, was auch bei gehöriger Berücksichtigung des rohen Bildungsstandes ihrer Zeit nicht in Abrede gezogen werden kann [6]), wie sich denn auch ohne dies die zugegebene maßlose Verwilderung der deutschen Strafrechtspflege im 17ten u. 18ten Jh., wo „das Recht dem Prinzip der Sicherung und Abschreckung geopfert wurde“ [7]), nicht genügend erklären läßt.

3) Eine bewußte Tendenz, von einer philosophisch vermittelten Basis hinsichtlich des Begriffs, Prinzips und der Zwecke der Strafe auszugehen, findet sich erst in den neueren Strafgesetzgebungen. Hierher gehören indessen noch nicht der Cod. Maxim. und die Theresiana [8]), sondern die Reihe beginnt erst mit der Gesetzgebung Josephs II. für Oestreich 1787, 1788, an welche sich zunächst das Oestr. GB. v. 1803, das preuß. LR. v. 1794 und eine Reihe von Entwürfen (vgl. das GB. für Toskana v. 1786) anschließen [9]). Die genannten legislativen Arbeiten fallen unter die Herrschaft der (als Ausläufer des von Grotius eingeführten Naturrechts erscheinenden) Wolffischen Philosophie [10])

---

1) Henke I. §. 16. n. 8 meint, die P.G.O. habe sich in dem fraglichen Punkt einfach an das römische Recht angeschlossen, was gleichfalls nicht richtig ist, wie schon die bedeutende Modifikation des Schuldbegriffs, ferner die dem röm. Recht (s. zwar l. 28 §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 10 C. de calumniat. (9. 46). Cic. de legib. III, 20) jedenfalls in derselben Ausdehnung fremde Anwendung des sinnlich aufgefaßten Talionsgedankens zeigt.

2) s. die Vorrede und Art. 1. 104. 204. 219 a. E.

3) Art. 104. 109. 112. 113. 115. 119. 127. 132. 134. 136. 150. 160. 169. 180. 214.

4) Art. 107. 108. 110. 125. 180.

5) Art. 104. 130. 131. 137—142 a. E. 158 a. E.

6) s. z. B. Art. 124. 159. 160. 162. — 108. 176. 195. — 111—113. — 118. 128. Mehrere treffende Bemerkungen s. bei Roßhirt Entw. S. 448 ff., der jedoch das deutsche Bußsystem verkennt und irrig dem römischen Privatstrafrecht an die Seite stellt.

7) Abegg Strafr.theor. S. 138. vgl. die L.G.O. f. Oestr. unter d. Ens 1656 (Wächter Gem. R. Deutschl. S. 158. n. 195) und die preuß. Strafges. aus dem 18. Jahrh. bei Abegg Gesch. d. StrafGes.gebung d. Brandenb. Lande S. 131 f. vgl. Wächter a. a. O. S. 147. 148. Hudtwalker im N. Arch. VI. 419. Braunschw. WOen b. Mittermaier Fortbildung I. 7. n. 1. 2. Kurhess. b. Möller S. 85—90. Schlüter tabell. Zus.stellung in Bülow und Hagemann Erörterungen I. nr. 13.

8) s. meinen Art. in Arndt's Germania I. 696. 697. Henke I. 129 und Gesch. II. 407. 415. 416. vgl. die Beisp. aus d. hess. Gesetzgebung seit dem 16. Jahrh. bei Möller S. 83 ff.

9) Henke Gesch. II. 407 ff. Hdb. I. 130 ff. Abegg Strafrechtstheor. S. 140 ff. und nach diesem Hepp Darstellung. Einl. S. XXVII. XXVIII. vgl. dag. meinen Art. in der Germania I. 697. II. 582. 583.

10) Ueber die Auffassung des Wesens der Strafe bei Grotius und seinen Nachfolgern s. §. 123. Anm. 1. vgl. Feuerbach Rev. I. 76. 89 ff. Martin §. 8.

und der durch sie bestimmten Aufklärungsperiode. Bei mancher Verschiedenheit im Einzelnen stimmen sie überein in der philosophischen Halbheit, da man bereits mit mehr oder weniger Einseitigkeit verschiedene besondere Zwecke durch die Strafe erreichen wollte, damit jedoch gegen ihre absolute Natur noch nicht Front machen wollte [1]), sowie in dem schwächlichen Durcheinanderfließen verschiedener Auffassungen des Staats, jetzt als eines auf Vertrag beruhenden Rechtssicherungsvereins, dann wieder als einer polizeilich vormundschaftlichen Beglückungsanstalt, woraus sich namentlich die Unfähigkeit, Verbrechen und Polizeivergehen scharf zu scheiden, und die verkehrte Auffassung einer Reihe von Verbrechen erklärt, und woher es kommt, daß bei allem anerkennenswerthen Streben nach Herstellung eines angemessenen Maßes zwischen Verbrechen und Strafe und nach Befriedigung der Forderungen der (freilich oft mißverstandenen) Humanität dennoch die Zwecke der Sicherung und Abschreckung sich sehr oft einseitig geltend machen, während die auf das Einzelwohl berechneten Zwecke, namentlich der Besserungszweck, gar nicht oder mindestens sehr spärlich bedacht sind [2]). Einen scharfen Kontrast gegen die prinzipielle Halbheit dieser Gesetzgebungen bildete sofort die bairische v. J. 1813, eine kecke Durchführung der Generalpräventionstheorie in Feuerbachs Sinn, einseitig allerdings wie diese Theorie selbst [3]), aber von höchster Bedeutung dadurch, daß hier dem Gedanken zuerst mit voller Entschiedenheit das Recht eingeräumt wurde, die Wirklichkeit zu bestimmen, hierin dem Code pénal [4]) innerlich verwandt. Eben dahin gehören noch zwei andre außerdeutsche Strafgesetzbücher, das von St. Gallen 1819 [5]), in welchem das Prinzip der Wiedervergeltung im Sinne der sog. analogen Talion, und das von Luisiana 1820 [6]), in welchem das Prinzip der Prävention (Generalprävention und Spezialprävention, die Besserung mit eingeschlossen, umfassend) durchzuführen gesucht wird [7]). — Die Reaktion gegen die Einseitigkeit des bairischen GBs charakterisirt die seit 1838 hervorgetretenen Gesetzgebungen [8]), welche einer wissenschaftlichen Uebergangsperiode angehören, indem sie grundsätzlich (zum Theil mit Koketterie) dem Eklektizismus huldigen. Das Richtige, was darin

---

1) s. bes. v. Zeiller Beitr. I. 71 ff. Materialien VIII. 388 ff. — In diese Klasse gehört auch der Kleinschrodische Entw. s. Feuerbach I. 55—66 und dagegen eine matte und schiefe Vertheidigung bei Hepp II, 2. S. 670 ff. s. dag. meinen Art. in der Germ. II. 576. 577.

2) Vom östreich. GB. giebt dies Abegg unumwunden zu, wogegen er das preuß. LR. auf Kosten des östr. GBs beschönigend zu heben sucht, aber freilich unter Einräumungen, die seine Partheilichkeit offen zu Tage legen. s. auch Hitzigs Zeitschr. H. 30. S. 224. H. 44. S. 248. und v. Arnim Bruchstücke ꝛc. I. 135 ff.

3) In der Berathung im Staatsrath erlitt das GB. freilich mancherlei Modifikationen auf Kosten der Konsequenz. s. d. Anm. I. 34 ff. 44 ff. 65. vgl. Abegg Strafr. theor. S. 165—168. Hepp a. a. O. S. XXVIII—XXX. Mittermaier Fortbildung I. 18 ff. Meine Art. in d. Germ. I. 698. II. 583.

4) Hélie I. 19 sq., wo das System des Code als der Ausdruck der Ideen von Bentham bezeichnet wird, wogegen es nach Mittermaier Fortbildung I. 15 (u. nach Hepp) lediglich auf dem Abschreckungsprinzip beruhen soll!

5) Mittermaier im N. Arch. VI. 14 ff.

6) Spangenberg im N. Arch. VII. 69 ff.

7) Hierher gehören auch mehrere nicht zum Gesetz gewordene Entwürfe, wie der von Tittmann, v. Eggers, Weber ꝛc.

8) s. meine Art. in d. Germ. I. 699. II. 583. 584. 589. N. Rev. S. 4—12.

liegt, ist die mehr und mehr wachsende Einsicht, daß der volle Begriff der Strafe sich nicht in dem einen oder andern der damit zu erreichenden Zwecke, sondern nur in deren Gesammtheit erschöpfe, welche Einsicht jedoch noch keineswegs zu einer organischen Erkenntniß der vollen Idee der Strafe geführt hat [1]). Daher schleppt diese Kodifikation noch ganz den Grundcharakter der relativen Theorie, und zwar meist vorherrschend den der Feuerbachischen nach [2]), und das vage Gerechtigkeitsprinzip, wovon dabei die Rede zu sein pflegt [3]), ist nur eine sehr oberflächliche Tünche, unterhalb welcher alle möglichen, nach Belieben einseitig zugelassenen Strafzwecke nach wie vor ihr Wesen treiben, und der praktische Vortheil besteht nur darin, daß eben vermöge des eklektischen Verfahrens nach und nach sämmtliche Zwecke zur Geltung gelangen und dadurch der organischen Durchbildung des Begriffs der Strafe wenigstens in äußerlicher Weise vorgearbeitet ist.

4) Aus allem Bisherigen ergeben sich als wichtige Hilfswissenschaften für das Strafrecht die Rechtsphilosophie [4]) überhaupt, namentlich die Strafrechtsphilosophie [5]) und die Kriminalpolitik [6]).

---

1) Am nächsten kommen der richtigen Einsicht die braunschweig. Motive.

2) Das neue preuß. GB. ersetzt dies durch sein (freilich vielfach modifizirtes) Sichanlehnen an den Code pénal. A. M. Goldtammer I. 77—80. Das revidirte östreichische hat zwar die ausdrückliche Bezugnahme auf den Präventionszweck fallen lassen, wovon Hye S. 43. 44 viel Rühmens macht, allein in der Sache selbst hat man es, abgesehen von einigen Milderungen in den Strafbestimmungen (Hye S. 15—17), beim Alten gelassen.

3) Abegg Strafr.theor. S. 169. 170. Mittermaier an verschiedenen Orten. Häberlin I. 13—16, der meint, die gedachten Gesetzgebungen hätten Hepps „bürgerliche Gerechtigkeitstheorie" angenommen (!), wogegen Hepp a. a. O. S. XXXI ff. auch sie als vom Abschreckungsprinzip („politisch-terroristisch-kasuistisch") angesteckt bejammert u. von dem allgemeinen Verderbniß nur das sächsische (!? s. dag. Schaffrath Grundwissensch. S. 174 ff.), braunschweigische und badische GB. in etwas ausnimmt, wofür dann mit empörender Ungerechtigkeit S. XXXV ff. II, 1. S. 364 ff. und in unzähligen Wiederholungen auf das wirtemb. GB. als ein ganz vom Geist der Abschreckung besessenes ein Uebermaß von Galle ausgeschüttet wird.

4) s. die Literatur in den Schriften über Rechtsphilos.

5) s. außer den ob. angef. Werken von Zachariä, Schulze, Feuerbach, Grolman, Welker, Richter, Trummer u. A. noch Engelhard Vers. eines allg. peinl. R. 1756. Stübel System des allg. peinl. R. 1795. Bergk Philos. d. peinl. R. 1802. Bauer Grundl. des philos. Krim.R. 1825. ferner außer den o. a. Werken von Hobbes, Rousseau, Romagnosi, Rossi, Carmignani, Bentham u. A. noch Nani principi di giurisprudenza crim. 1822. Raffaele nomotesia pen. 1824. Laurea esposizione delle leggi pen. 1825. Niccollini quist. di diritto ꝛc. 1836—38. Ulloa delle vicissitudini ꝛc. del diritto pen. 1837. — Ueber Cousin, de Broglie, Guizot, Lerminier, Lucas, Poli, Baroli, Boncompagni, Mamiani, Mancini, Rosmini s. N. Rev. S. 823 ff.

6) s. außer der Mehrzahl der in der vor. Note Cit. und den schon o. a. Werken von Beccaria, Filangieri ꝛc. noch Servin de la legisl. crim. 1782. Brissot de Warville théorie des loix crim. 1781. Pastoret les loix. pén. 1790. — v. Soden Geist d. deutsch. Krim.gesetze. v. Globig und Huster Abh. v. d. Krim.ges.gebung, — u. vier Zugaben ꝛc. Wieland Geist d. peinl. Rechts. Dazu die mehrfach o. a. Schriften von Gmelin, Tafinger, Kleinschrod, Oersted, Escher u. A., ferner die vielen Entwürfe zu neuen Strafgesetzbüchern seit dem Anfang des Jahrh. und die darüber erschienenen Beurtheilungen, die Werke von Mittermaier üb. d. neuesten Zustand der Strafgesetzgebung, — und die Strafges.gebung in ihrer Fortbildung.

§. 124.

Da das Verbrechen nur nach Art und Größe beſondert zur Wirklichkeit kommt (§. 9. 31), ſo muß auch die Strafe, da ſie (§. 118) dem Maße des Verbrechens entſprechen ſoll, in verſchiedene Arten zerfallen und zugleich quantitativer Abſtufung fähig ſein. Ihrem Begriff gemäß (§. 116—118) iſt ihr einzig möglicher Gegenſtand der Wille des Verbrechers. Die Verſchiedenheit der Strafarten muß daher der Verſchiedenheit der Aeußerungsweiſen des Willens entſprechen, und ſie müſſen — die Eine ausgenommen, welche den der Art und Größe nach ſchwerſten Verbrechen entſprechen ſoll — theilbar ſein. Keine Strafart darf ferner den mit dem Prinzip der vergeltenden Genugthuung vereinbaren, auf das Gemein- und Einzelwohl gerichteten Zwecken widerſprechen, und es müſſen für die Fälle, in welchen ſolche Zwecke als ſelbſtändig beſtimmend hervorzutreten haben, die betreffenden Strafarten auch ſo eingerichtet ſein, daß durch die Vollziehungsweiſe jene Zwecke wirklich befriedigt werden (§. 122). Da endlich die Möglichkeit einer ungerechten Verurtheilung niemals ausgeſchloſſen iſt, ſo darf keine Strafart ſo beſchaffen ſein, daß die Möglichkeit einer Erſetzung des ungerecht zugefügten Willenszwangs ſchlechthin ausgeſchloſſen wird.

Die meiſten Lehrbücher begnügen ſich mit der Aufzählung der poſitivrechtlichen Strafarten [1]). Einige haben dagegen allerdings das Verdienſt, ſich damit nicht zu begnügen, ſei es auch nur indem ſie das poſitive Recht mit einer kriminalpolitiſchen Kritik begleiten [2]), während Andre dazu fortgehen, aus dem Begriff und Prinzip der Strafe an ſich Folgerungen über die Zuläſſigkeit der einzelnen möglichen Strafarten abzuleiten [3]). Unzweifelhaft iſt allerdings das Kapitel von den Strafmitteln dasjenige Feld, auf welchem ſich am allermeiſten die Poſitivität, der ſittliche und intellektuelle Kulturſtand des Volks, die nationalen Vorſtellungen vom Werthe der irdiſchen Güter, von dem Maße ihrer Unterwerfung unter die Staatsgewalt, und Andres dgl. geltend macht [4]). Allein dadurch wird die Wahrheit nicht ausgeſchloſſen, daß ſich aus dem Begriff und Prinzip der Strafe ſelbſt Folgerungen über die Zuläſſigkeit der Strafmittel ergeben, die zum Bewußtſein gebracht werden müſſen, wenn nicht die Kenntniß des poſitiven Rechts in dieſer Materie zum vernunftloſen Gedächtnißwiſſen werden ſoll. Ja es iſt die

---

1) ſ. z. B. Feuerbach, Wächter, Jarcke, Martin und die Aelteren faſt durchaus.

2) ſo z. B. Kleinſchrod III. §. 4 ff. Henke I. §. 65 ff. Abegg §. 120 ff. Jarcke I. §. 40 ff. Heffter §. 115—118. Marezoll S. 136—140. Roßhirt Entw. S. 432 ff. (Barocke Aphorismen mit geſuchter Prinziploſigkeit, denen aber oft ſehr treffende Bemerkungen eingemiſcht ſind.)

3) ſ. beſ. Grolman §. 60—75 ferner (freilich ſehr oberflächlich) Bauer §. 106. vgl. Rossi III. c. 5 sq. Um ſo häufiger geſchieht dies in faſt allen o. a. Werken über Strafrechtsphiloſ. und Kriminalpolitik.

4) Heffter §. 116. Abegg §. 120 Anm. Roßhirt Entw. S. 440.

trockene Berufung auf die poſitive Rechtmäßigkeit hier um ſo übler angebracht, da nur das klare Bewußtſein jener Grundſätze den ſicheren Faden durch das Labirinth der Geſchichte bildet und nicht bloß erkennen läßt, wie weit man bis jetzt von äußerſter Barbarei zur Humanität fortgeſchritten iſt, ſondern auch zeigt, welche Schritte noch weiter zu thun übrig ſind. Die Zugrundlegung der Natur der Sache [1]) iſt überdies jetzt zur unabweisbaren Nothwendigkeit geworden, da dasjenige, was bisher (und ſchon bisher mit zweifelhaftem Rechte) in dieſer Lehre als praktiſches gemeines Recht vorgetragen wurde, auch den letzten ſcheinbaren Anſpruch auf dieſen Charakter verloren, vielmehr die betr. Lehre ſich ganz in Partikularrecht zerſplittert hat, woraus man zur Noth eine Art von deutſchem jus gentium abſtrahiren kann, ohne jedoch dadurch mehr als ein vages und jedenfalls praktiſch ganz unfruchtbares Bild zu gewinnen.

§. 125.

Als zuläſſige Strafarten erſcheinen hiernach I. Vermögensſtrafen, welche — als nur ein mittelbares Medium der Willensthätigkeit treffend — nur für leichtere Verbrechen ſich eignen, aber eben darum ſowie deshalb nicht zur völligen Vermögensentziehung fortgehen dürfen, weil es ein Widerſpruch wäre, dem Schuldigen die phyſiſche Exiſtenz zu laſſen, und ihm gleichwohl die Mittel dazu wegzunehmen; II. Ehrenſtrafen, jedoch nur zeitliche, größere oder geringere Ehrenſchmälerungen, weil in völliger Entziehung der Ehre ein unbefugtes Ueberſchreiten des Rechtsgebiets läge und lebenslängliche Ehrenſchmälerung, wenn nicht gegen die Idee der Perſönlichkeit verſtoßen werden ſoll, kein ſelbſtändiges Strafmittel bilden, ſondern nur in Verbindung mit lebenslänglicher Abſperrung von der menſchlichen Geſellſchaft ausgeſprochen werden kann; III. zeitliche Freiheitsſtrafen, und zwar 1) bloße Freiheitsentziehung ohne Entziehung von Ehrenrechten, — weſentlich geeignet für Verbrechen, die nur aus Fahrläſſigkeit oder Indifferenz gegen die Rechtsordnung hervorgehen, aber auch für ſolche, die zwar aus Abſicht entſpringen, jedoch nur gegen ein geringeres Recht gerichtet ſind, oder, wenn auch gegen ein bedeutenderes gerichtet, doch keine ehrloſe oder gemeingefährliche Geſinnung verrathen; 2) Freiheitsſtrafe neben Entziehung beſtimmter Ehrenrechte — für doloſe Verbrechen, die eine ſolche Geſinnung vorausſetzen, und zwar a) ohne Anwendung vormundſchaft-

1) Daß hiemit weder hier, noch in dieſer ganzen Schrift ein „Rückfall in die Feuerbachiſche Methode, Philoſophie und poſitives Recht zu verſchmelzen" (ſ. Wächter I. S. 37. 38. Roßhirt Lb. §. 2), verſucht wird, wäre nach der Ausführung in meiner N. Rev. S. 13—20 nicht mehr zu erinnern nöthig, wenn dieſe nicht von Hepp Darſt. I. Einl. S. LIII ff. ſo grenzenlos mißverſtanden worden wäre. ſ. übr. auch Luden Hdb. I. S. 3—6. Mittermaier n. l. z. F. §. 2 und meinen Art. in Arndts Germania II. S. 392—427.

licher Zucht (Festungsstrafe, einfaches Arbeitshaus od. dgl.), wo es sich eben nur um einen gemeingefährlichen, aber moralisch nicht versunkenen Willen handelt; b) mit Anwendung solcher Zucht (Zuchthaus), wo der gemeingefährliche Wille zugleich als niederträchtiger, als der Wille eines ehrlosen, selbsteigener sittlicher Regeneration unfähigen Subjekts erscheint; 3) Freiheitsstrafe mit voller Ehrenschmälerung, jedoch ohne vormundschaftliche Zucht für dieselben Subjekte in Fällen, wo nur eine kürzere Freiheitsentziehung verdient ist, bei welcher ein Resultat der Pönitentiarbehandlung nicht zu hoffen steht; 4) Freiheitsentziehung ohne Ehrenschmälerung, aber mit vormundschaftlicher Zucht, — für jugendliche Verbrecher; 5) — als Nebenstrafen (polizeistrafrechtlicher Natur) Stellung des Inländers unter polizeiliche Aufsicht und Ausweisung des Ausländers nach erstandener Strafe eines schweren gemeingefährlichen Verbrechens. IV. Lebenslängliche Freiheitsstrafe, verbunden mit Infamie, für solche dolose Verbrechen, welche als absolute erscheinen, sofern sie das Unendliche im Leben des Einzelnen oder im Staate aufheben, daher auch eine absolute, d. h. die Totalität der Willensthätigkeit aufhebende Strafe verlangen [1]).

1) Dem vorliegenden Zwecke gemäß können hier nur Hauptpunkte berührt werden.

I. Gegen allgemeine Vermögenskonfiskation sind jetzt wohl alle Schriftsteller [2]), meist jedoch aus andern Gründen (weil die Strafe die unschuldige Familie treffe, oder, wenn die Succession zugelassen werde, illusorisch sei, weil der Staat sich als habsüchtig entwürdige, weil der Partheigeist dadurch genährt werde ꝛc.) [3]). — Ebenso wenig zweifelt man jetzt andrerseits an der Zulässigkeit der Konfiskation einzelner Sachen, namentlich der durch das Verbrechen erworbenen oder zu Begehung des Verbrechens mißbrauchten [4]). Dagegen wird die Zulässigkeit der Geldstrafen, sowie der Einziehung einer Quote des Vermögens hie und da angefochten, — erstere deshalb, weil dadurch das Kapital des Nationalvermögens vermindert werde, weil sie auf Reiche und Arme ungleich wirken, weil sie den Staat eigennützig erscheinen lassen ꝛc.; — letztere gleichfalls wegen der ungleichen Wirkung (welche nach Andern gerade durch sie beseitigt werden soll) [5])

---

1) vgl. Wirth Ethik II. 325—336. Grolman §. 60—75. Rossi III. c. 5 sq. Heffter §. 118. Ueber die Wichtigkeit dieser Lehre s. auch noch Mittermaier Fortbildung I. 181 ff. Beseler S. 82.

2) s. jedoch noch Globig und Huster vier Zugaben S. 153. Wieland Geist des peinl. ꝛc. §. 325. Kleinschrod III. §. 57. (s. aber §. 58) u. selbst Heffter §. 118. n. 7.

3) Henke I. §. 72. Tittmann I. §. 70. Richter S. 284 (?). Abegg §. 134. Rossi und Duc de Broglie ib. cit. III. c. 12. Marezoll S. 139. n. 1.

4) s. indessen Henke I. 484. Abegg a. a. O.

5) Wieland §. 326. Filangieri IV. c. 32. Bentham th. des peines p. 340. Kleinschrod III. §. 58. Grolman §. 72. v. Globig ꝛc. a. a. O. S. 153 ff. Henke I. 483.

und wegen der damit nothwendig werdenden Vexationen [1]). Indeſſen iſt man doch wohl jetzt meiſt darüber einig, daß Geldſtrafen in mäßigem Betrag für geringere Delikte nicht nur ein zuläſſiges, ſondern ſogar unentbehrliches Strafmittel bilden, vorausgeſetzt nur, daß ſie mit einem Maximum oder Minimum angedroht werden, innerhalb deſſen die Vermögens- oder Einkommensverhältniſſe des Schuldigen berückſichtigt werden können [2]). — Vermögensſtrafen, die in der Entziehung oder Beſchränkung gewiſſer einträglicher perſönlicher Rechte liegen, werden unter II. berührt.

II. In keinem Punkt läßt auch das neueſte Recht noch ſoviel zu wünſchen übrig, als hinſichtlich der Ehrenſtrafen. Faſt allgemein iſt man wohl neuerdings wenigſtens darüber einverſtanden, daß völlige Entziehung der bürgerlichen [3]) oder gar der allgemeinen Menſchenehre dem Staate nicht zuſtehe, auch ganz abgeſehen von der großen Gefahr eines Widerſpruchs mit der öffentlichen Meinung, der gerade hier dem Staat am meiſten zum Verderben ausſchlägt [4]). Denn Entziehung der allgemeinen Menſchenehre wäre ein nicht mehr bloß rechtliches Urtheil, Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre iſt aber Entziehung der Rechtsfähigkeit überhaupt [5]) (bürgerlicher Tod) und daher ein kraſſer Widerſpruch gegen den Begriff der Perſönlichkeit, die doch das Urtheil beſtehen läßt [6]). —

---

1) Oerſted Grundreg. S. 373. 374. Rossi l. c.

2) ſ. Grolman §. 72 (freilich mit großer Reſtriktion), Oerſted S. 372—376. Richter S. 282—284. Abegg a. a. O. (ſehr unbeſtimmt) Heffter §. 118 (beide ziehen die Privatſtrafen herein, von denen hier ſchlechthin nicht mehr die Rede ſein ſollte). Rossi l. c. Hepp Darſt. II, 2. S. 798. Marezoll S. 139. Wirth a. a. O. S. 325. 326. Hélie I. p. 238 sq. Mittermaier n. z. F. §. 153. Lucas du syst. pénal. p. 304. Wächter Strafarten und Strafanſtalten Wirt. S. 266. 267. Breidenbach I. 1. S. 363 und ſämmtliche neuen Gbücher.

3) ſ. freilich noch Henke I. 480. 481 (vgl. aber §. 67. 69). Kleinſchrod III. §. 82. Relativ auch Grolman §. 70 und wieder v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 248 ff. 372 ff. (beſ. S. 388 f. mit Berufung auf Hepp). ſ. dag. Anm. z. bair. GB. I. 105 (vgl. freilich Art. 9!). Richter S. 273. 274. Heffter §. 118. Abegg §. 132 (unbeſtimmt). Gegen den bürgerl. Tod ſ. Rechberg Betracht. üb. den Code Nap. S. 103 ff. Rossi III. c. 11. Boitard leçons sur le droit pén. p. 156 sq. Alauzet sur les peines p. 68. Hélie I. p. 188 sq. Mittermaier N. Arch. XII. 220 ff. (beſ. Napoléon ib. cit.). Marezoll S. 139. Bair. Geſ. 18. Nov. 1849. Art. 1. vgl. übr. die Gutachten von Eichhorn und Biſchoff b. Goldtammer I. 482—516.

4) v. Savigny Syſt. II. 229 Note. Zu weit geht freilich Mittermaier Fortbildung I. 288. 289 und noch mehr v. Jagemann a. a. O. ſ. gegen dieſen die Abfertigung bei Birnbaum im N. Arch. 1844. S. 157 ff. (der indeſſen gegen Beccaria ungerecht iſt).

5) Freilich ſind die Begriffe von Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre vielfach ſehr unklar; ſ. z. B. Grolman §. 70. 158. Tittmann I. §. 69. Martin §. 88. 89. Henke a. a. O. Jarcke I. 278 ff. Reyſcher Wirt. Pr.R. I. §. 180. 181. vgl. dag. Wächter I. §. 100. n. 24. 27. Hagemeiſter in Hugo Civ. Mag. III. nr. 8. Marezoll bürgerl. Ehre. Birnbaum a. a. O. Burchardi de infamia. Molitor de minuta existimat. Walter N. Arch. IV. 108 ff. Beſeler Deutſch. Priv.R. I. § 60 ff. Roßhirt Entw. S. 475 ff.

6) ſ. auch Tittmann a. a. O. not. g. Dabei iſt Perſönlichkeit natürlich im philoſ. Sinn genommen. vgl. v. Savigny Syſt. II. 32. 33. Ueber die Bedeutung des bürgerl. Todes im röm. Recht im Unterſchiede von der unglücklichen Auffaſſung des franz. Rechts eb. S. 151 ff. Nicht ganz treffend iſt der Grund, den Gerber

Iſt nun aber auch die herrſchende Anſicht ganz mit Recht dafür, daß überall nur von Schmälerungen der Ehre zur Strafe die Rede ſein könne, ſo iſt man doch weiterhin über mehrere der wichtigſten Punkte nicht im Reinen. a) Die Strafe kann immer nur in einer größeren oder geringeren Verminderung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit beſtehen, da nur dieſe das angemeſſene Medium für den Staat bildet, um ſein Urtheil über die Ehre eines Individuums auszudrücken. Dies ſehen aber Viele nicht ein, ſondern ſprechen dem Staat ein moraliſches Urtheil über die Ehre zu, welches Urtheil denn die Ehrenſtrafen enthalten ſollen, oder ſie unterſcheiden wohl gar Ehrenſtrafen, die ein bloß politiſches, und ſolche, die ein moraliſches Urtheil enthalten ſollen [1]). Dieſe falſche Meinung führt, da der Staat, wenn er ſich einmal ein Urtheil über die moraliſche Verächtlichkeit anmaßt, dieſem Urtheil auch einen in die Aeußerlichkeit fallenden Nachdruck zu geben trachten muß, geradenwegs zu der Anerkennung der barbariſchen Strafmittel des Prangers, Schandpfahls, Brandmarkens, Anſchlagens des Namens an den Galgen, unehrlichen Begräbniſſes ꝛc. [2]). b) Weiter iſt darüber Streit, ob dieſe Strafen auf Lebenszeit verhängt werden dürfen? Dieſe Frage wird wohl von den Meiſten bejaht [3]), die ſich von den herkömmlichen Traditionen nicht loszumachen wiſſen. Sie iſt jedoch, den im §. angef. Fall ausgenommen, zu verneinen, weil jedes Verbrechen ſtets nur eine beſtimmte Handlung iſt, worin ſich nicht die ganze Subjektivität des Handelnden entäußert, während in der lebenslänglichen Aberkennung der Ehrenrechte ein Urtheil über die totale Unwürdigkeit des betreffenden Subjekts liegen würde. Zu einem ſolchen Urtheil hat der Staat zwar dann ein Recht, wenn das Verbrechen von ſolcher Tiefe iſt, daß der Verbrecher abſolute Ausſchließung aus der Geſellſchaft verdient, welchenfalls daſſelbe eben in dieſer Strafe von ſelbſt enthalten iſt [4]); aber auch eben nur in dieſem Falle, da es in jedem andern widerſprechend ſein würde, den Thäter in der Ge-

---

Deutſch. Pr.R. §. 40. n. 2 gegen den bürg. Tod angiebt; überhaupt ſpricht er (vgl. §. 39) bald von Entziehung, bald von Schmälerung der bürgerl. Ehre.

1) ſ. z. B. Jarcke I. 282. Abegg §. 132 (freilich nicht ganz klar), beſ. aber Hepp Darſt. II, 2. S. 796—798. v. Jagemann a. a. O. — vgl. dag. Kleinſchrod III. §. 82. Feuerbach §. 71. Grolman §. 70. Henke I. 475—481 (wiewohl dieſe zum Theil ſchiefe od. ſchwankende Behauptungen mit einmiſchen). Heffter §. 118. Richter S. 274—276. Wächter Strafarten S. 186. 187. Rossi III. c. 10. 11. Birnbaum a. a. O. Beſeler Komm. S. 103.

2) Dies verläugnet auch Jarcke a. a. O. gar nicht, während Abegg u. die Andern nichts davon wiſſen wollen. Jetzt ſind dieſe Strafmittel wohl faſt allgemein verworfen. ſ. Wächter Strafarten S. 213. Rossi III. c. 10. Hélie I. p. 177 sq. Alauzet sur les peines p. 62 sq. Mittermaier n. z. F. §. 152. Bair. Geſ. 18. Nov. 1849. Art. 4.

3) wenigſtens ſtillſchweigend; ſ. z. B. Henke I. §. 71. Grolman §. 70 (ſ. jedoch Abſ. 3). Heffter §. 118. Richter a. a. O. Abegg N. Arch. 1850. S. 182. Unentſchieden läßt die Frage Birnbaum a. a. O. S. 186, dagegen wird ſie entſchieden bejaht von v. Wiek im N. Arch. 1851. S. 1—39, freilich nur infolge davon, daß auch hier die Ehre noch in einem Sinn aufgefaßt wird, in welchem ſich der Staat mit ihr nichts zu ſchaffen machen darf (gleichwohl giebt der ſcharfſinnige Verfaſſer durch die Einräumungen, die er macht, ſein Prinzip ſelbſt preis. ſ. auch überh. ſeine Schrift üb. Ehrenſtrafen u. Ehrenfolgen d. Verbr. u. Strafen. 1845); ebenſo von allen neuen deutſchen Gbüchern.

4) Dem Weſen nach richtig angedeutet von Grolman §. 70. Abſ. 2. Tittmann I. §. 69, die aber freilich den bürgerlichen Tod meinen.

fellschaft zu lassen und ihn gleichwohl der Ausübung der bürgerlichen Rechte für gänzlich, d. h. bleibend unwürdig zu erklären [1]). Von selbst versteht sich indessen, daß nach Ablauf der Frist der Verurtheilte nicht sofort in die früher besessenen Ehrenrechte unmittelbar wieder eintritt, sondern nur die Fähigkeit erhält, sie wiederzuerwerben, daher ihm nur diejenigen unmittelbar wiederaufleben, welche aus der einfachen Unbescholtenheit folgen [2]). c) Freilich ist nun aber der Verminderung der Ehrenrechte überhaupt die Eigenschaft der Strafe bestritten worden; meist allerdings ohne gefährliche Folgerungen, da man nur darauf bedacht war, Angriffe abzuwehren, die gegen die Härte der Gesetzgebung erhoben wurden [3]). Man sagte zu diesem Behufe, die Ehrenschmälerung dürfe eigentlich nicht als Strafe oder Theil derselben, sondern nur als Nebenfolge [4]) der Strafe angesehen werden. Allein, soll dies mehr als Redensart sein, so folgt daraus, daß bei Bestimmung der gerechten Strafart und des gerechten Strafmaßes der Gesetzgeber und der Richter die sog. Ehrenfolge gar nicht in Berechnung zu nehmen hätten [5]) (ebensowenig, als den Schadensersatz oder sonstige privatrechtliche Folgen). Hiemit ist jedoch das Prinzip der Gerechtigkeit geradezu über den Haufen geworfen [6]). Denn, wenn doch zugestanden werden muß und wird, daß die betr. Rechtsverminderung vom Staat als Folge an die Begehung des Verbrechens geknüpft werde und geknüpft werden müsse, so ist es doch die äußerste Willkühr, ihr die Eigenschaft der Strafe abzusprechen [7]). Daß sie in andern Gesetzen außerhalb des Strafgesetzbuchs aufgeführt wird oder werden kann [8]), thut dabei lediglich nichts zur Sache. Durchaus schief ist aber die vermeintliche Analogie der privatrechtlichen Folgen [9]), da in Beziehung auf diese

---

1) Aus großentheils schiefen Gründen sind dieser Ansicht auch Hepp II, 2. S. 797 (jedoch nur hinsichtlich der von ihm sog. moralischen Ehrenstrafen) und v. Jagemann a. a. O. S. 385 ff. s. aber auch Schüler Beitr. z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 17 ff. Breidenbach I. 2. S. 585. n. 2. Mittermaier Fortbildung I. 292 ff. N. Arch. 1851. S. 441. n. 50. Zeitliche Entziehung läßt wenigstens zu: Rossi III. c. 11, Heffter, Abegg, v. Kapff Bem. z. wirt. Entw. S. 29. Note u. A. Für Restitution Roßhirt Entw. S. 445 u. bes. Hufnagel II. 524—527. vgl. das preuß., wirt., resp. hess., bad. GB., bes. aber das wadtländ. GB. vgl. Hélie I. 203—205.

2) v. Wiek a. a. O. S. 39. j. 31. 32. v. Kapff Bem. z. Wirt. Entw. S. 49. 50. preuß. GB. § 22.

3) wie z. B. von Beidtel Unters. üb. einige Grundl. d. StrafGes.geb. S. 117—121.

4) als „moralische" Folge, sagt v. Jagemann a. a. O. vgl Mot. z. schlesw.-holst. Entw. S. 17. Mot. z. neuen bair. Entw. Art. 26. Mot. z. neuen sächs. Entw. Art. 34. — Thüring. GB. Art. 9.

5) s. v. Wiek a. a. O. S. 24. j. 9. 10, welcher treffend zeigt, daß die fragliche Bezeichnung nicht eben so harmlos ist, wie Mittermaier Fortbild. S. 285 meint.

6) Dies haben die römischen Juristen sehr gut eingesehen. s. l. 13 §. 7 D. de his qui not. (3. 2). l. 10 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 4 C. ex quib. caus. inf. irr. (2. 12). vgl. Kleinschrod II. §. 129. Grolman §. 171. not. c. Wächter I. §. 112. n. 59.

7) Daher reden auch z. B. die bair. Mot. a. a. O. von einem pönalen Charakter bei den betr. Folgen, u. v. Wiek gesteht eine äußerliche Aehnlichkeit mit den übrigen Strafmitteln zu. — vgl. Birnbaum a. a. O. S. 162.

8) Daß dies übrigens fehlerhaft sei, behauptet auch v. Wiek S. 3—8. A. M. Zachariä N. Arch. 1853. S. 152.

9) Wenn v. Wiek S. 10 sagt, auch Ehrenfolgen treten ihrem Begriff nach

das Verbrechen nicht als Verbrechen in Berückſichtigung kommt, der Schadenserſatz vielmehr einer ganz andern Sphäre angehört, als die Strafe. Würde jene Anſicht anerkannt, ſo fiele natürlich auch alles Maß für die Ehrenfolgen ſelbſt weg [1]), ja es könnte der Staat auf den Grund der durch das Verbrechen bewährten ſittlichen Unwürdigkeit hin ſich noch beliebige weitere Maßnahmen gegen den Verbrecher erlauben und dem Vorwurf der Ueberſchreitung des gerechten Maßes durch die Einrede begegnen, dieſe Zuthaten ſeien nur Nebenfolgen des Verbrechens, die er als Organ der öffentlichen Meinung (um des verſcherzten öffentlichen Zutrauens willen) eintreten laſſe. — Das andere Extrem liegt in der Verwerfung aller Ehrenſtrafen, welche übrigens jetzt kaum mehr viele Vertheidiger haben wird [2]). — d) Der beſtrittenſte Punkt iſt ferner, in welcher Form die für die Ehre nachtheilige Rechtsverminderung angedroht werden ſoll? Sie kann als ſelbſtändige Strafe aufgeſtellt, oder als ſtillſchweigende Folge an die Begehung beſtimmter Verbrechen geknüpft, oder mit beſtimmten Strafarten verbunden werden. Von dieſen Syſtemen iſt das letzte, weil auf einer eingewurzelten Volksanſicht beruhend, noch immer das herrſchende, aber in ſeiner abſtrakten Durchführung das verwerflichſte [3]). Dies iſt namentlich dann der Fall, wenn der Unterſchied zwiſchen entehrenden Freiheitsſtrafen lediglich durch die Zeitdauer beſtimmt wird, welchenfalls das entehrende Verbrechen die nichtentehrende Strafe treffen kann und umgekehrt [4]) (ſ. zu III.). Das zweite Syſtem hat vor dieſem jedenfalls das voraus, daß der Eintritt der Rechtsverminderung nicht von dem jedenfalls ſekundären Moment der (anderweitigen) Strafe, ſondern von der Art des begangenen Verbrechens ſelbſt abhängig gemacht, daher auch nicht abſtrakt an die Verhängung einer anderweitigen Strafe gebunden wird. Letzteres halten freilich Manche für nothwendig oder wenigſtens für zweckmäßig; jedoch mit Un-

---

nicht bloß infolge von Verbrechen ein, ſo verwechſelt er hier, wie überhaupt, die Ehrenſchmälerung, welche ſittliche Unwürdigkeit in der öffentlichen oder Standesmeinung erfährt, mit der Rechtsverminderung, welche der Staat verhängt, außer welcher er nichts verhängen kann, und welche er nur infolge von Verbrechen verhängen kann. Offen zu Tage tritt die Begriffsverwirrung bei v. Jagemann, der die Ehrenfolgen geradezu als moraliſche Züchtigung bezeichnet.

1) Gleichwohl läßt v. Wiek Rehabilitation u. bloß zeitliche Ehrenſchmälerung, ſowie größere oder geringere Verminderung der Ehrenrechte zu.

2) ſ. Mittermaier im N. Arch. XII. 198. 1846. S. 138. 1851. S. 432. Fortbildung ꝛc. II. 35 f. 52 ff. Bentham théorie des peines I. 127. Hélie I. 94—99 (wo der richtige Begriff einer Ehrenſtrafe fehlt). Hamburg. Entw. v. 1849. Ungar. Entw. (vgl. Mitterm. Fortb. II. 231—233!).

3) Hievon iſt es nur nominell verſchieden, wenn man zwiſchen Verbrechen u. Vergehen unterſcheidet und dann von Verbrechens- und Vergehensſtrafen die Ehrenfolge abhängig macht. — ſ. beſ. Mittermaier Fortbildung ꝛc. I. 273—299 u. an vielen a. O. Röllner das Verhältniß der Strafgeſ.geb. z. Ehre d. Bürger. 1846. v. Wiek in d. o. a. Schrift üb. Ehrenſtrafen u. Erachten üb. d. Einführung eines GBs in Meklenb. I. 68 ff. Hepp d. Strafenſyſtem d. wirt. Entw. Wächter Strafarten ꝛc. S. 247—250. v. Jagemann a. a. O. S. 265. 386 ff. (konfus). Dollmann krit. Ueberſchau I. 152 ff. Hanin des conséquences des condamnations pénales ꝛc. 1848. Soliméne de la réf. du Code pén. p. 29. Petitti Esame della polem. sulla riforma d. carc. 1842.

4) ſo mehrere neueren Geſetzgebungen, worunter das wirt. Strafeb. 1824, und theilweiſe noch das StrafGB.

recht, falls man nur nicht eine gänzliche Ehrloſigkeit im Sinne hat [1]). Führt nun freilich dieſes zweite Syſtem zu einer Beſtimmung der entehrenden Verbrechen in Bauſch und Bogen [2]), ſo leidet es an derſelben ungehörigen Abſtraktion, wie das zuvorgenannte. Wenn dagegen die Geſetzgebung die einzelnen Verbrechen und Verbrechensſchattirungen hinſichtlich ihrer entehrenden oder nichtentehrenden Eigenſchaft ſorgfältig durchgeht, ſo fällt dieſes Syſtem im Weſentlichen mit dem der ſelbſtändigen Ehrenſtrafen zuſammen [3]). Letzteres aber iſt höchſt zweckmäßig, ja für gewiſſe Fälle unentbehrlich: aa) für eine Reihe von ſog. delicta propria, wo der Gerechtigkeit eben mit der Ehrenſtrafe (Dienſtentlaſſung oder dgl.) genügt iſt [4]), bb) für an ſich entehrende Verbrechen, bei denen noch eine weitere Strafe verdient iſt, aber nur eine geringerer Art [5]). — c) Welchen Inhalt nun endlich die Ehrenſtrafen haben ſollen, iſt gleichfalls ſehr ſtreitig [6]). Daß hier von irgendwelcher moraliſchen Ehrloserklärung nicht die Rede ſein könne, wurde bereits gezeigt. Nicht einmal die geſammte bürgerliche Ehre darf entzogen werden (ſ. o.). Dagegen iſt ſoviel klar, daß, wenn irgend eine Entziehung unter dem fraglichen Titel gerechtfertigt, ja ſchlechthin nothwendig erſcheint, dies die Entziehung der Amtsrechte iſt [7]). Zweifelhafter könnte es ſein, ob den Amtsrechten auch ſolche öffentlichen Berechtigungen gleichgeſtellt werden dürfen, welche nur infolge einer förmlichen Verpflichtung durch die Staatsbehörde ausgeübt werden können (wie Advokatur, Notariat, ärztliche Praxis ꝛc.)? Die gleiche Frage erhebt ſich in Beziehung auf Gewerbekonzeſſionen [8]). Die Frage wird theilweiſe abſolut bejaht, theilweiſe abſolut verneint [9]); — beides mit Unrecht. Bei den Gewerberechten, denen gar wohl die Berechtigungen der Apotheker, Mäkler, Senſale, Boten, Architekten ꝛc. beigezählt werden dürften [10]), iſt es einleuchtend, daß ihre Ent-

---

1) So z. B. Kleinſchrod III. §. 74. 75; vgl. aber §. 77—81. Die Meiſten laſſen dagegen die Ehrenſchmälerung auch ohne eine Nebenſtrafe zu. ſ. indeſſen auch Heffter §. 118. v. Jagemann a. a. O. S. 398.

2) Wie im römiſchen Recht.

3) Denn, daß im einen Fall die Ehrenſchmälerung ſofort mit der Verurtheilung ſelbſt eintritt, im andern ausdrücklich darauf erkannt werden muß, iſt ein bloßer Formunterſchied.

4) Henke I. 481. Wenn die zeitliche Unfähigkeit zu Bekleidung öffentlicher Aemter nach preuß. GB. §. 25 nicht zu den Ehrenſtrafen gerechnet wird (Beſeler S. 133), ſo iſt dies ein wunderlicher Euphemismus. ſ. beſ. das norweg. GB. u. die poenae propriae für Beamte in mehreren deutſchen Gbüchern z. B. wirt. GB. Art. 30. 31.

5) ſ. daher Code pén. art. 42. Preuß. GB. §. 21. 25. Wirt. GB. Art. 27. 28. Rein durchgeführt iſt dieſes Syſtem ſchon in der Theresiana Art. 10. vgl. beſ. die preuß. Vhdl. bei Goldtammer I. 82—84.

6) v. Wiek üb. Ehrenſtrafen ꝛc. S. 111 ff. Daß es jedenfalls unrichtig iſt, für alle Delikte das gleiche Maß von Ehrenſtrafe anzuordnen, darüber ſ. Hélie I. 166. 167. 174. 175 u. Livingston ib. cit.

7) Dies giebt auch Mittermaier Fortbildung ꝛc. S. 290 zu. vgl. Sander ib. cit. v. Wiek N. Arch. 1851. S. 21. 22.

8) Dieſe werden nicht nur im braunſchw. GB., wie v. Wiek ſagt, ſondern theilweiſe auch im wirtemb. den Ehrenrechten ähnlich behandelt, ſ. Hufnagel I. 62. Note. ſ. auch preuß. GB. §. 184. 202. 203 ꝛc. ꝛc.

9) ſ. z. B. v. Wiek N. Arch. 1851. S. 21. — Mittermaier a. a. O. S. 289. 290.

10) Wirt. GB. Art. 31. Braunſchw. GB. §. 17. 248, 5. Hufnagel I. 60—62.

ziehung noch weit mehr den Charakter einer Vermögens-, als einer Ehrenſtrafe hat, und zwar einer ſo empfindlichen Vermögensſtrafe, daß darin der Ruin der ganzen bürgerlichen Exiſtenz liegen kann. Gleichwohl kann die Entziehung (die nach dem o. Angef. nur eine zeitliche ſein darf) nicht entbehrt werden, ſo oft das Verbrechen eben in einem verbrecheriſchen Mißbrauch des Gewerbs beſteht [1]). Allein auch eben nur in dieſen Fällen. Was nun die Advokatur, das Notariat und die ärztliche Praxis betrifft, ſo ſtehen dieſe Berechtigungen ſozuſagen in der Mitte zwiſchen dem öffentlichen Amt und dem Gewerbe. Dadurch rechtfertigt es ſich, ihre Entziehung nicht auf jene Fälle zu beſchränken, ſondern für ſie die Analogie des öffentlichen Amts eintreten zu laſſen, d. h. auch im Falle gemeiner Verbrechen ihre Entziehung anzuordnen. Andrerſeits ſind ſie jedoch auch den Gewerberechten analog, und es muß deshalb dieſe Entziehung ſparſamer ausfallen, als bei den öffentlichen Aemtern, bei welchen die Betrachtung, daß in der Entziehung derſelbe Nachtheil für die ökonomiſche Exiſtenz liegen kann, durch die andere aufgewogen wird, daß vermöge des ganzen ſittlichen Gehalts der Stellung im eigentlichen öffentlichen Dienſte das Verbrechen des Beamten jedesmal ein intenſiv tieferes iſt, als bei dem, der nur mit Ermächtigung des Staats einen Beruf [2]) ausübt. Außer den genannten Berechtigungen werden als beſondere Ehrenrechte genannt: Adel, Landſtandſchaft (bei ſtändiſcher Verfaſſung), Patronatrecht, Würden, Titel, Orden und andere Ehrenzeichen, und Innungsrechte [3]). Daß nun Landſtandſchaft und Patronatrecht hierher gehören, verſteht ſich von ſelbſt, und daſſelbe gilt von allen mit dem Adel verbundenen ſtaatsrechtlichen Berechtigungen [4]). Aber den Adel ſelbſt als Gegenſtand der Entziehung zu behandeln, iſt nicht gerechtfertigt, nicht aus dem oftgehörten Grunde, weil darin eine Soltiſe gegen den Bürgerſtand läge [5]), ſondern deshalb, weil die Standesehre des Adels an ſich den Staat gar nichts angeht und es des Staates unwürdig iſt, ſich zum Organ des exkluſiven Bewußtſeins eines Standes herzugeben [6]). Eher läßt es ſich vertheidigen, wenn die Innungsrechte zum Gegenſtande der Ehrenſchmälerung gemacht werden, da die Innung, wie alle Korporationen, in weit näherem Verhältniſſe zum Staat ſteht, als der Stand, und

1) Dies giebt auch Mittermaier S. 290. n. 56 zu. ſ. auch Zachariä N. Arch. 1853. S. 408 ff.

2) Ohne die Durchführung im Einzelnen zu billigen, wird man zugeſtehen müſſen, daß dieſe Gedanken dem wirk. Rechte zu Grunde liegen, und daß es daher hier, wie ſonſt, den hämiſchen Tadel Hepps und Andrer, die ihm nachgeſchrieben haben (ſ. z. B. Mittermaier N. Arch. 1850. S. 353. 354), nicht verdient. — Mittermaier Fortbildung ꝛc. a. a. O. wirft bei dem fraglichen Punkte Alles durcheinander.

3) Wenn v. Wiek S. 21 auch die gemeindebürgerlichen aktiven und paſſiven Wahlrechte hierher ſtellt, ſo iſt dies unrichtig, da ſie bei der Wichtigkeit der Gemeinde-Verfaſſung für den allgemeinen Staatsorganismus und der Allgemeinheit des Gemeindebürgerrechts offenbar zu den gemeinen Ehrenrechten gehören.

4) ſ. das bad. GB. §. 17 u. das heſſ. Art. 22 (daß hier das Präſentationsrecht nicht genannt iſt, widerſpricht dem richtigen Prinzip des GBs).

5) ſ. dag. v. Marſchall u. Trefurt b. Thilo S. 82. 83. Hye S. 406. Note.

6) Breidenbach I. 1. S. 406. 407. Mittermaier n. 7. z. F. §. 71 (ungenau) u. Fortbildung ꝛc. I. 284, wo ein Nebengrund geltend gemacht iſt. Thüring. GB. Art. 9. Gerber Deutſch. Priv R. §. 40. not. 11.

ihre Wirksamkeit Beziehung zum Gemeinwohl hat [1]). Daß Würden, Orden, Titel hierher gehören, ist nicht zu bezweifeln (doch ist damit nicht auch die Unfähigkeit, solche künftig zu erlangen oder wieder zu erlangen, zu verbinden) [2]). — Abgesehen von dem letzten Punkt, in welchem das Gesetz des öffentlichen Anstands maßgebend wird, ist das leitende Prinzip bei allen genannten besonderen Ehrenrechten dies, daß sie nur in soweit Gegenstand der Ehrenschmälerung werden können, als sie eine staatsrechtliche oder überhaupt eine Beziehung auf das Gemeinwohl haben. Dasselbe Prinzip wird denn auch hinsichtlich der gemeinen Ehrenrechte entscheidend. Es versteht sich daher von selbst, daß unter die Gegenstände der Rechtsverminderung gehören müssen: das Recht, die Nationalkokarde zu tragen, die staats- und gemeindebürgerlichen aktiven und passiven Wahlrechte [3]), die Fähigkeit, Geschworner zu sein, das Recht, Waffen zu tragen und in die Armee einzutreten [4]). Zweifelhafter ist die Frage hinsichtlich der Fähigkeit, Vormund, Kurator, Instrumentszeuge zu sein und Andere vor Gericht zu vertreten. Indessen sprechen überwiegende Gründe dafür, sie zu bejahen, sofern es sich nicht um die eigene Ehefrau und die Kinder handelt [5]). Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn auch die Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht eidlich vernommen zu werden, unbedingt [6]) hierher gestellt wird [7]), da die Zeugnißabgabe ebensowohl Pflicht als Recht ist und nicht wohl als Ehrenrecht prädizirt werden kann, dem Richter aber immer überlassen bleibt, welchen Werth er einer solchen Aussage beilegen will. f) Die eigentlich beschimpfenden Ehrenstrafen sind in diesem Jahrh. außer Kredit gekommen [8]); dagegen haben die sogen. beschämenden (einfache öffentliche Ausstellung (?), Widerruf, Abbitte,

---

1) s. z. B. das wirt., hannövr. und braunschw. GB. Beseler S. 111. 112. vgl. R.P.O. 1577. Tit. 38. §. 4. s. indessen Breidenbach I. 1. S. 410.

2) Dies thut das preuß. GB. §. 22. vgl. dag. das östr. (1852) §. 26. nr. 1. 2.

3) Viel zu lax ist hier wieder Mittermaier N. Arch. 1839. S. 561—574. Fortbildung I. 290. 291. vgl. dag. Birnbaum N. Arch. 1844. S. 188. n. 60.

4) Dies (preuß. GB. §. 12) liegt wohl weit näher, als die Ausschließung von der Redaktion periodischer Druckschriften (östr. GB. §. 26).

5) Beseler S. 108. vgl. Kraut Vormundschaft I. 60. Auch die Beschränkung der selbständigen Vermögensverwaltung liegt in der Natur längerer Freiheitsstrafen vgl. preuß. GB. §. 11, Code p. art. 29—31. Beseler S. 101. 102. Dagegen ist es ungerecht, damit auch die Unfähigkeit zur Verfügung auf den Todesfall zu verbinden, wie das östr. GB. §. 27 (allgemein beim schweren Kerker) und noch das bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 2 (Kettenstrafe), das preuß. nur in einem Fall. §. 73. ebenso bair. Ent. Art. 30. vgl. Goldtammer I. 101.

6) Für einzelne Fälle, z. B. wenn Jemand eben wegen Meineids verurtheilt wird, ist es allerdings am Platze.

7) so z. B. im preuß. GB. §. 12. 21. vgl. dag. Theres. art. 10. §. 7. vgl. 12. Oldenb. Nov. 1821. Wirt. Ges. über die privatrechtl. Folgen Art. 4. Mittermaier N. Arch. 1851. S. 442. 443. und in v. Zurheins Jahrb. d. Proz. I, 2. S. 204 ff. und sonst. vgl. Beseler S. 109. Gerber Deutsch. Priv.R. §. 40. Bentham th. de peines p. 140. Hélie I. 168—171. Dollmann in d. krit. Ueberschau I. 154. 155.

8) s. indessen z. B. noch Kleinschrod III. §. 81. (vgl. jed. §. 75) u. mehrere Gbücher, wie den Code pén., das Oestr. v. 1803 ꝛc. s. jedoch Hélie I. 177 sq. Rossi III. c. 10. Alauzet Essai sur les peines. p. 62. Hye S. 389 ff. Bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 4. Goldtammer I. 105.

Ehrenerklärung, Kirchenbuße (?) ꝛc.) ſich theilweiſe noch in der neueren Doktrin und Geſetzgebung Freunde bewahrt [1]). Höchſtens etwa der gerichtliche Verweis [2]) und die öffentliche Bekanntmachung des Straferkenntniſſes [3]) empfehlen ſich jedoch zur Beibehaltung.

III. Der vorzügliche Werth der zeitlichen Freiheitsſtrafen iſt allgemein anerkannt, ja nicht ſelten überſchätzt [4]). Weniger einig iſt man über die Art und Weiſe ihrer Einrichtung, die noch in den drei erſten Jahrzehnten dieſes Jahrhunderts ziemlich im Argen lag, vordem aber freilich ganz troſtlos geweſen war [5]). Man ſieht zwar immer mehr ein, daß das Syſtem des reinen Aneinandergrenzens intenſiv verſchiedener Strafarten, resp. eines nur kümmerlichen Ineinandergreifens nichts taugt [6]). Eine Verſchiedenheit der Intenſität bei den Arten der Freiheitsſtrafe kann nämlich nicht entbehrt werden, da die Verſchiedenheit der Dauer allein den großen Varietäten des Schuldgrads um ſo weniger genügen würde, je mehr eben die Freiheitsſtrafen das ohne allen Vergleich am häufigſten zur Anwendung kommende Strafmittel bilden [7]). Als Mittel, eine größere Intenſität hervorzubringen, verdammt nun der Geiſt unſerer Zeit Ketten, eiſerne Kugeln und Ringe u. dgl. [8]). Es bleiben daher nur übrig: die ausgezeichnete Kleidung, die Zuläſſigkeit gewiſſer Schärfungen, die geringere Koſt, die ſtrengere Behandlung überhaupt, und insbeſondere der Zwang zur Arbeit. Nach altherkömmlicher, ſehr berechtigter Volksanſicht galt aber gerade vornämlich das letztgenannte Moment (da der Stock den Zuchtmeiſter machte) für ein Kriterium des ehrenſchmälernden Charakters einer Freiheitsſtrafe [9]). Es lag daher nahe genug für neue Geſetzgebungen, gerade die Zwangsarbeitsſtrafen geſetzlich zu infamirenden zu machen und dadurch am intenſivſten von der einfachen Einſperrung zu unterſcheiden [10]). Indem man nun aber die nicht entehrende Strafart von geringer Dauer nur eben

---

1) ſ. z. B. Grolman §. 71. Kleinſchrod III. §. 77—80. Abegg S. 415. Heffter §. 118. Hepp Strafenſyſtem S. 64. Bair. GB. Art. 22. dag. ſ. Arnold N. Arch. 1843. S. 278. 279. Mittermaier n. z. F. §. 152. Bair. Geſ. 12. Mai 1818. Art. 6, 1.

2) ſ. indeſſen Arnold a. a. O. S. 279. Breidenbach I. 1. S. 471—473. Goldtammer I. 108.

3) bei der Oeffentlichkeit des Verfahrens unpraktiſch.

4) ſ. z. B. Hélie I. 138. 139 und Mittermaier an vielen Orten.

5) ſ. Wächter Wirt. Strafarten und Strafanſtalten und die vielen Aufſätze von Mittermaier im N. Arch. über Fortſchritte der Strafgeſ.gebung, über Gefängnißweſen u. ſ. f.

6) ſ. z. B. das öſtr. GB. (1803 u. noch 1852!), das wirt. Strafedikt v. 1824. — Das bair. GB. v. 1813 (und noch der neue Entwurf!).

7) v. Kapff Bem. z. Wirt. Entw. S. 24 ff.

8) ſ. freilich noch das bair., ſächſ., hann., braunſchw. GB., ja ſogar noch das öſtr. von 1852. §. 16 (vgl. aber 1803. §. 14), und den neuen bair. Entw. Art. 16 (vgl. ſächſ. Entw. Art. 12).

9) Wächter Strafarten S. 57. 58 (daher die euphemiſtiſche Bezeichnung: „Feſtungsſtrafe mit angemeſſener Beſchäftigung" im früheren wirt. Rechte). Ueber öffentliche Arbeiten ſ. beſ. Kleinſchrod Abh. I. nr. V. Quiſtorp Entw. I. §. 57. Knötzſchker von Verdammung der Miſſethäter z. Bergarbeit. 1795. Heyner de damn. ad metalla 1794. Hübner üb. Anwendbark. d. Bergbauſtrafe in D. 1796. vgl. Mittermaier n. 3. z. F. §. 149, wo mit Recht der Zwang hiezu nicht gebilligt wird.

10) ſ. beſ. das bair. GB. und das wirt. Strafedikt.

an die infamirende angrenzen (resp. nur kümmerlich in ſie eingreifen) ließ, ſo brachte man jenen kraſſen Mißſtand hervor, der zu II, d) angeführt wurde [1]). Den einen Theil deſſelben (die Beſtrafung des infamirenden Delikts mit der ehrlichen Strafe) hätte man beſeitigen können, wenn man dem (oft ohne Noth geſchmähten) Code p. art. 42 gefolgt wäre [2]). Der andere wäre dagegen nur dadurch zu beſeitigen geweſen, daß man dem richterlichen Ermeſſen es anheim gegeben hätte, die Ehrenfolgen geeignetenfalls wegzulaſſen, — eine Auskunft, die man mit Recht nicht traf [3]), wenn man auch immer über das arbitrium früher zu ſchroff denken mochte. Um ſo gewiſſer war dann aber eben deshalb eine gründliche Abhilfe nöthig, wozu auch wirklich in den Geſetzbüchern ſeit 1838 einiger Anlauf genommen wurde [4]), aber freilich ſo ſchwach, daß es faſt als kläglich erſchien [5]). Es iſt vielmehr durchaus nöthig, der ehrlichen Strafart ein hohes Maximum, der unehrlichen ein niederes Minimum zu geben [6]). Allein dies genügt ſelbſt auf dieſem Standpunkte nicht. Denn nicht alle Delikte, welche eine Ehrenſtrafe verdienen, ſind mit dem gleichen Maße von Ehrenſchmälerung zu belegen (man denke namentlich an die ſog. politiſchen Verbrechen, an die Amtsverbrechen ꝛc. im Gegenſatze zu Diebſtahl, Raub, Fälſchung, Nothzucht, Mord ꝛc.). Es muß alſo jedenfalls noch eine dritte Strafart [7]) eingeſchoben werden [8]). Aber eben nur behufs derjenigen Delikte, welche nicht die volle Ehrenſtrafe verdienen [9]), wogegen es als völlig überflüſſig erſcheint, eine Mittelſtrafart zu dem Behufe aufzuſtellen, um längere Freiheitsentziehungen ohne Ehrenſchmälerung realiſiren zu können [10]). Denn hiefür kann ja ſchon dadurch geſorgt werden, daß

1) ſ. beſ. Wächter a. a. O. S. 143 ff.

2) Hélie I. 203—205. in d. Révue de législ. 1838. p. 49. In Baiern geſchah es indirekt durch die Verf.Urk. und das Gemeindeedikt.

3) Heffter im N. Arch. 1837. S. 333 ff. A. M. ſind Mittermaier Fortbildung I. 294 ff. v. Jagemann a. a. O. u. A. vgl. Zachariä N. Arch. 1853. S. 149 f. (unbeſtimmt).

4) ſ. Mittermaier a. a. O. S. 36. 51. 280—283.

5) Es mögen ſich die geſetzgebenden Praktiker, die ſo gern auf die Wiſſenſchaft herabſehen, gelegentlich an ihre kaudiniſchen Engpäſſe erinnern laſſen! vgl. die Abfertigung des bair. Ausſchußber. b. Mittermaier N. Arch. 1851. S. 429—431.

6) Wadtländ. GB. 1843. Einverſtanden Mittermaier Fortb. II. 54. ſ. aber 231 und wieder anders N. Arch. 1846. S. 138 ff. 1851. S. 432 ff.

7) ſo im Belg. Entw. 1849. Einverſtanden Mittermaier N. Arch. 1851. S. 435—437 (vgl. aber 1846. S. 138 ff.). Ueber die Unzweckmäßigkeit der Verurtheilung ſolcher Uebertreter zum Zuchthaus vgl. Erachten für Meklenb. I. 69. Un mot sur les detentions polit. Gen. 1849. Sarwey Mon.ſchrift XVI, 2. Außerord. Lief. S. 9. 10.

8) Hier wie beim Gefängniß fällt denn nothwendig auch der direkte Arbeitszwang weg, wiewohl dafür geſorgt werden muß, daß nicht durch Müßiggang die Ordnung geſtört wird. Wenn die Verwaltung hier für Arbeit ſorgt, kann es nur in hilfspolizeilichem, nicht in vormundſchaftspolizeilichem Sinne geſchehen.

9) Daß damit nicht die Arbeitshaus-, Korrektionsſtrafen u. dgl., die in der Zeitdauer zwiſchen Zuchthaus und Gefängniß eingeſchoben werden und bei denen das geringere Maß der Ehrenſchmälerung nicht auf die Qualität der damit bedrohten Delikte begründet iſt (ſ. z. B. das wirt. GB., und relativ das heſſ., das freilich einen Fortſchritt darſtellt) — vertheidigt werden, iſt klar. A. M. Abegg N. ſächſ. Jb. VIII. 13. ſ. dag. auch Dollmann a. a. O. S. 157.

10) ſo im preuß. GB. Einverſt. Mittermaier N. Arch. 1846. S. 140. vgl. Goldtammer I. 93—96. Einen Mittelweg ſchlägt der bair. Ausſchußber. vor.

die nichtentehrende Freiheitsstrafe überhaupt mit einem hohen Maximum versehen wird [1]). Ebensogut könnte jedenfalls noch eine weitere Strafart gefordert werden behufs derjenigen Delikte, welche, obwohl entehrend, doch nur eine kurze Freiheitsstrafe verdienen, was aber gleichfalls vermieden werden könnte, sobald man nur die entehrende Strafart mit dem möglichst niedrigen Minimum versähe [2]). Allein aus einem andern Grunde ist nun freilich außer der vorhin bezeichneten Mittelstrafart noch eine weitere Modifikation zu fordern. Die einfache Parallelisirung einer entehrenden und einer nicht entehrenden Freiheitsstrafart mit gleicher Zeitdauer von unten an hat nämlich einen Nachtheil, der mit einem andern bei den Freiheitsstrafen zu beachtenden wesentlichen Momente zusammenhängt, — mit der Klassifikation derselben nach der Behandlung der Sträflinge hinsichtlich der positiven Hervorkehrung des Züchtigungs- und Besserungszwecks [3]). Letztere darf (§. 122) nur bei solchen Verbrechern stattfinden, welche durch ihre That bewiesen haben, daß sie in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken sind, was immer Verbrechen voraussetzt, die an sich schon längere Freiheitsstrafe erfordern, sowie auch der fragliche Zweck selbst eine längere Dauer der Freiheits-

---

1) Die 6 Jahre des bad. GBs, welche überdies vom ersten Tage über ein Jahr an im Arbeitshause abgesessen werden müssen, reichen hier freilich lang nicht zu.

2) Daher ist auch in dem Entw. f. Meklenburg, der Gefängniß und Festungshaft, Zuchthaus und Festungsstrafe parallel gehen läßt, ein Ueberfluß, der freilich auf einer aristokratischen Rücksicht beruht (s. Erachten, I. 67 f.). vgl. den hess. Entw. v. 1831.

3) Bérenger in den Mém. de l'acad. des sciences. IV. p. 573 sq. (1841). Michaud resl. sur les prisons. 1819. Cunningham notes ꝛc. 1820. Villermé des prisons ꝛc. 1820. Danjou des pris. 1821. Lucas du syst. pénitent. 1828. 30. Julius Vorles. üb. Gefängnißkunde. 1828. Beaumont et Tocqueville du syst. pénitent. ꝛc. 1833. Marquet-Vasselot examen des théor. pénitent. 1835. Obermaier Anleitung z. Besserung d. Verbr. ꝛc. 1835. Crawford report on penitent. 1835. Lucas de la réf. des prisons. 1836—38. Volpicella delle prigioni. 1837. Moreau Christophe de la ref. d. prisons. 1838. Aubanel mém. sur le syst. pénit. 1837. Grellet manuel des prisons. 1838. 40. Ducpetiaux des progrès de la réf. pénit. 1838. Demetz et Blouet rapport sur les pénitent. ꝛc. 1837. Foucher sur la réf. des prisons. 1838. Moreau Christophe rapp. sur les pris. de l'Anglet ꝛc. 1839. Gleizes mém. sur la réf. des pris. 1840. Oskar üb. Strafe u. Strafanst. 1841. (Minutoli) d. neueren Straf- u. Besser.Syst. 1842. Hubtwalker Sendschreiben 1842. Allier Étud. sur le syst. pénit. 1842. Alauzet essai sur les peines et le syst. pénit. 1842. Morrichini degl' istituti di publ. carità. 1842. Petitti Esame della polem. sulla rif. d. carceri. 1842. v. Muyden le syst. pénit. 1842. Ristelhuber d. Straf- u. Besser.Anstalten. 1848. Hoorebeke étud. sur le syst. pénit. 1843. Tellkampf über die Besser.gefängn. in N.Amer. ꝛc. 1844. v. Würth d. neusten Fortschr. d. Gef.wesens ꝛc. 1844. Adshead prisons and prisoners. 1845. Lichtenberg d. Strafe d. Zuchthäuser. 1846. Verh. d. Versamml. üb. Gef.reform seit 1847 ꝛc. Mittermaier neust. Zustand d. Gef.einricht. in England 1850. und seine fortlaufenden Berichte u. Krit. im N. Arch. XI. XII. 1834 ff., in der rév. étrang. 1834 ff., in der krit. Ztschr. f. Rechtswiss. d. Ausl. ꝛc., n. 4 z. F. §. 149. Julius ꝛc. ꝛc. Jahrb. der Gef.kunde seit 1842. Peri sulla rif. del sist. penitent. 1848. Röder N. Arch. 1850. S. 412 ff. — Von älteren Schriften s. Howard üb. Gef. u. Zuchthäuser. 1780. Wächter üb. Zuchthäuser ꝛc. 1786. Wagnitz üb. Verbesser. d. Zuchth.gef. 1787. Gruner üb. Einr. öff. Sicherungsinstit. 1802. v. Arnim Bruchst. üb. Verbr. u. Strafen. 1803. Lotz Ideen üb. öff. Arbeitshäuser. 1810. Hopfauer üb. d. Strafhäuser ꝛc. 1811.

ſtrafe erfordert [1]). Wenn nun hieraus die Nothwendigkeit ſich ergiebt, den Anfang der Dauer der Zuchthausſtrafe erſt ſpäter (keinenfalls unter einem Jahre) zu ſetzen, ſo fällt die Möglichkeit weg, die entehrende Strafart auch für ſolche Perſonen zu benützen, welche wegen entehrender Verbrechen doch nur eine kürzere Freiheitsſtrafe verſchuldet haben. Will man nun nicht dieſen die Ehrenſtrafe geradezu erlaſſen [2]), ſo muß man neben dem nichtentehrenden Gefängniß noch eine weitere Strafart von kürzerer Dauer (Zuchtpolizeihaus nennt ſie das wirt. Geſ. v. 13. Aug. 1849) ſchaffen, weil es der rechtlichen Bedeutung der nichtentehrenden Freiheitsſtrafe und ihrer Geltung in der öffentlichen Meinung im höchſten Grade ſchadet, wenn ſie zugleich für entehrende Verbrechen benützt wird [3]), und weil es überdies höchſt verderblich iſt, ehrloſe Sträflinge mit ſolchen in Geſellſchaft zu bringen, welche kein entehrendes Verbrechen begangen haben [4]). — Als Ergebniß dieſer Betrachtungen erſcheint die Nothwendigkeit verſchiedener [5]) Strafanſtalten mit verſchiedenen Zwecken [6]) und verſchiedenem rechtlichem Charakter [7]), — alſo nicht eine prinziploſe Muſterkarte, wie ſie früher herkömmlich war und theilweiſe noch da beſteht, wo Arbeitshaus oder Korrektionshaus zwiſchen Gefängniß und Zuchthaus bald als entehrende [8]), bald als nichtentehrende [9]) Strafart, beidemale ohne ſelbſtändigen Charakter eingeſchoben iſt, oder neben Zuchthaus noch Kettenſtrafe [10]) vorkommt. Und zwar iſt in Beziehung a) auf den Zweck eine Trennung inſofern nothwendig, als Strafanſtalten mit Pönitentiarbehandlung und andere für ſolche Sträflinge beſtehen müſſen, bei welchen eine ſolche Behandlung nicht möglich, resp. nicht zuläſſig iſt. Was die erſteren betrifft, ſo iſt auch bei ihnen wieder eine Scheidung zu machen. Es muß nämlich eine Korrektionsanſtalt für jugendliche Verbrecher [11]) von der eigentlichen Pöni-

---

1) Mittermaier N. Arch. 1846. S. 136—138. Naumann d. Strafr.theorie ꝛc. S. 36 ff. Unklar Abegg N. ſächſ. JB. VIII. 14—16.

2) Dieſen bequemen Ausweg nehmen z. B. das ſächſ., hannövr., bad. GB. ſ. zwar Thilo S. 75. 76. Allein der hier gebrauchte Ausweg iſt zum mindeſten nur eine Halbheit.

3) Dieſer Uebelſtand findet ſtatt nach dem preuß. u. heſſ. GB. vgl. Goldtammer I. 104. 111. Das braunſchw. vermeidet ihn ſinnreich, indem es alle gerichtlichen Freiheitsſtrafen als ehrenſchmälernd auffaßt und bei geringen Diebſtählen u. dgl. polizeiliche Geſ.ſtrafe anordnet.

4) v. Wiek üb. Ehrenſtrafen S. 109 ff. 218 ff. Mittermaier N. Arch. 1846. S. 135—139. Fortbild. II. 54—56. 129.

5) Dies wurde namentlich früher in der erſten Begeiſterung für das Beſſer.ſyſtem gern geläugnet: ſ. z. B. Henke I. §. 69. Mittermaier b. Breidenb. I. 1. S. 287.

6) Dies forderte Mittermaier ſpäter N. Arch. 1839. S. 558 ff. 1846. S. 136—139.

7) Auch hiezu ſtimmt Mittermaier neuerdings bei N. Arch. 1851. S. 432 ff.

8) wie in Wirtemb., Heſſen, Braunſchweig, in den Thüring. Ländern (?).

9) wie in Sachſen, Hannover, Baden (vgl. Schwarze N. Arch. 1845. S. 53 f., der die Infamie beim Zuchthaus gar nicht in Anſchlag bringt!).

10) wie in Hannover, Braunſchweig. vgl. auch Frachten f. Meklenb. ꝛc. I. 70 und die Vhdl. in Preußen b. Goldtammer I. 92. 93.

11) vgl. über die anerkennenswerthen Beſtrebungen in Sachſen Weiß S. 265 ff. Note. Auch in Wirtemberg hat man dieſes Bedürfniß zu befriedigen geſucht, und zwar mit vollſtändiger Scheidung vom Zuchthaus. vgl. preuß. GB. §. 43, 4. bad.

tentiaranſtalt für Erwachſene [1]) getrennt beſtehen. Beide Anſtalten dienen zwar dem Zweck der Züchtigung und Beſſerung (innerhalb des durch die gerechte Wiedervergeltung gegebenen Strafmaßes); aber die Scheidung der phyſiſch Unmündigen von den in Unmündigkeit zurückgeſunkenen Erwachſenen iſt ſchon um der Gefahr der Anſteckung willen, und die Gründung einer beſondern Anſtalt für erſtere deshalb geboten, weil ſie keine Ehrenſtrafe erleiden (§. 51. Anm. 1) und darum auch nicht durch Unterbringung in der unehrlichen Anſtalt einem Makel beim Publikum ausgeſetzt werden dürfen, überdies aber die Verſchiedenheit der Verhältniſſe für ſie auch eine innerhalb des allgemeinen Zwecks immer noch ſehr von der Einwirkung auf erwachſene Zuchthausſträflinge verſchiedene Behandlung bedingt [2]). Die Strafart für jugendliche Uebertreter iſt auch in der Zeitdauer anders zu normiren, da ſie einen weit früheren Anfangspunkt [3]) zuläßt und einen früheren Endpunkt verlangt. Ueber den Anfangspunkt der eigentlichen Zuchthausſtrafe dagegen entſcheidet die Beantwortung der Frage, welche Strafdauer zum Mindeſten erforderlich ſei, um auf Wirkſamkeit der Pönitentiarbehandlung rechnen zu laſſen [4]). Man wird richtiger handeln, wenn man das Minimum nicht zu niedrig ſetzt. Eben dadurch wird nun aber ſelbſt für entehrende Verbrechen eine weitere Strafanſtalt nöthig, — und dies führt zu dem zweiten der o. a. Punkte. b) Es iſt ſchlechthin unzuläßig, in einer und derſelben Anſtalt Perſonen, die eine Ehrenſtrafe erleiden, und ſolche, bei denen dies nicht der Fall iſt, unterzubringen. Vor allem bedarf es daher für die Zeitdauer, die unter dem Anfangspunkte der Zuchthausſtrafe liegt, einer doppelten Strafart, — Gefängniß und (um es kurz mit dem wirtemb. Ausdrucke zu bezeichnen) Zuchtpolizeihaus [5]). Und zwar noch aus dem weiteren Grunde, weil auch die Be-

---

§. 79 (dieſe Strafanſtalten für jugendliche Verbrecher ſind mit den im preuß. GB. §. 42 und ſächſ. Entw. §. 85 angef. Beſſerungsanſtalten für krim. unzurechnungsfähige Uebertreter nicht zu verwechſeln). Riecke üb. Strafanſt. f. jugendl. Verbr. 1841. Mittermaier Jahrb. f. Geſ.kunde II, 2. S. 289 ff. Gleiß in Falcks Archiv f. Geſch. II, 2. S. 283 ff. Ueber die Experimente in La Roquette ſ. Mittermaier N. Arch. 1843. S. 548 ff. Ueber die colonies agricoles eb. S. 554 ff. 1847. S. 287 ff. über Parkhurst eb. S. 11—13. üb. die generala bei Turin eb. S. 581—583.

1) Geradezu gegen ſolche Anſtalten erklären ſich die braunſchw. Motive. ſ. Breym. S. 171. 172.

2) ſ. die in Sachſen treffend ausgeſprochenen Grundſätze bei Weiß a. a. O. Man muß ſich wundern, im neuen Entw. nichts darüber zu finden. ſ. im Gegentheil Art. 13!

3) Daß Strafen von ganz geringer Dauer nicht darin verbüßt werden, verſteht ſich von ſelbſt wegen des Transports und ſeiner Koſten.

4) Früher nahm Mittermaier 2 Jahre als Minimum an, N. Arch. 1839. S. 559. ſpäter ein Jahr, eb. 1846. S. 137. vgl. Erachten f. Meklenb. I. 79. 80. Oskar S. 102.

5) Verſchiedene Anſichten äußerte in dieſer Beziehung Mittermaier N. Arch. 1839. S. 569. 574. Fortbildung I. 297. n. 70. N. Arch. 1846. S. 138. n. 8. 1851. S. 433. Es ſcheint, er könne ſich überhaupt von der Anſicht nicht losmachen, daß das Pönitentiarſyſtem für alle zu längerer Freiheitsſtrafe Verurtheilten angewandt werden dürfe oder müſſe. vgl. auch denſ. N. Arch. 1844. S. 136 ff. 1851. S. 434, wo er ebenſo in der Iſolirung eine Panacee ſieht. Eben gegen ſolche wohlwollenden Selbſttäuſchungen u. Uebertreibungen, die ungerecht werden, weil ſie kein Maß kennen, vermögen nur Prinzipien zu ſchützen. ſ. ob. §. 122. n. 1. — ſ. auch Hufnagel III. 424. Goldtammer I. 104. und beſ. Erachten f. Meklenb. I. 81.

handlung der Sträflinge beider Klaſſen eine intenſiv verſchiedene ſein muß. Die Gefangenen des Zuchtpolizeihauſes werden zwar nicht der hier nicht möglichen Pönitentiarbehandlung zu unterliegen haben, wohl aber dem Arbeitszwang und einer weit repreſſiveren Disziplin, als der des einfachen Gefängniſſes [1]). Wird aber hierauf feſtgehalten, ſo erſcheint es als durchaus überflüſſig, dem Gefängniſſe für Delinquenten höheren Standes oder höherer Bildungsſtufe den ſog. Feſtungsarreſt parallel gehen zu laſſen [2]). Dieſe ariſtokratiſchen Spielarten ſind die Auswüchſe, welche vor Allem verbannt werden ſollten. — An der Scheidung zwiſchen Gefängniß und Zuchtpolizeihaus genügt es jedoch nicht. Denn es giebt noch eine große Klaſſe von Delikten, welche zu ſchwer ſind, um durch einfache, wenn auch länger dauernde Freiheitsentziehung abgebüßt werden zu können, bei welchen es vielmehr in der Natur des Delikts liegt, daß Ehrenſtrafen darauf erkannt werden müſſen, nur freilich Strafen von geringerer Intenſität, als die mit dem Zucht- und Zuchtpolizeihaus zu verbindenden [3]). In das Gefängniß können ſolche Uebertreter nicht geſetzt werden, wenn nicht deſſen rechtliche Bedeutung leiden ſoll. Ebenſowenig eignen ſie ſich aber zur Pönitentiarbehandlung, weil dieſer bloß ſolche Subjekte unterworfen werden dürfen, die durch ihre That nicht nur einen gemeingefährlichen Willen, ſondern zugleich eine ſolche ehrloſe Geſinnung gezeigt haben, daß ſie als moraliſch verſunken, in den Stand der ſittlichen Unmündigkeit zurückgefallen erſcheinen. Die Bevormundung, welche in der Pönitentiarbehandlung liegt, auf andere Subjekte anzuwenden, wäre die höchſte Ungerechtigkeit [4]). Es iſt daher für die gedachte Klaſſe von Uebertretern noch

---

1) Mittermaier will gerade für die kürzere Strafzeit das Iſolirſyſtem. N. Arch. 1843. S. 588. 1844. S. 138 und ſonſt. Er wird aber doch hier nicht alle Delinquenten, die weniger als ein Jahr Gefängniß verdienen, im Auge haben?

2) ſo auch noch im Meklenb. Entw. ſ. Erachten I. 67 ff. im bair. Entw. Art. 21., vgl. Wirt. GB. Art. 23. Hannövr. Art. 23. Sächſ. Art. 13. (auch im neuen Entw. wiederholt; doch nimmt in Sachſen der Regent allein die Verantwortlichkeit für die Gewährung des Privilegiums auf ſich), Bad. §. 52. Thüring. GB., wie in Sachſen. Das öſtreich., preuß., heſſ. und braunſchw. GB. haben den Auswuchs nicht. (Uebrigens iſt hier vorerſt nur von dem Feſt-arreſt als Surrogat der nichtehrenden Gef. resp. Arbeitshausſtrafe die Rede, bei welchem man in Wirt., wenn er nicht über 3 Mon. dauert, die charakteriſtiſche Bezeichnung: Feſtungsfreiheit braucht). vgl. die preuß. Vohl. b. Goldtammer I. 96—100.

3) Der Mangel einer hiefür berechneten Mittelſtrafart (wie ſie der belg. Entw. von 1849 hat) führt zu der großen Ungerechtigkeit, ſolche Uebertreter (namentlich bei politiſchen Verbrechen, ſchweren Verbrechen im Affekt, den meiſten Amtsverbrechen, crimen vis ꝛc.) entweder frei an der Ehre ausgehen zu laſſen, oder ſie als ehrloſe Subjekte ins Zuchthaus zu ſchicken. Nach den deutſchen Geſetzgebungen erfolgt in der Regel das letztere. Wenn das preuß. GB. einige Ausnahmen macht, in welchen „Einſchließung" eintreten ſoll, ſo iſt dies wieder zu mild. Das bad. koordinirt die Feſtungsſtrafe nur der (Gef. u.) Arbeitshausſtrafe (bis zu 6 Jahren). Daß die wirt. Feſtungsſtrafe und die heſſ. Korrektionsſtrafe dem hier geltend gemachten Bedürfniß nicht entſprechen, iſt klar. Berührt wenigſtens iſt der richtige Punkt im hannövr. GB. Art. 23.

4) Dieſer Ungerechtigkeit reden die einſeitigen Vertheidiger des Pönit.ſyſtems das Wort. Beſonders Röder N. Arch. 1850. S. 412 ſagt es geradezu heraus, daß jedes Delikt ſittlich unmündig mache. Eine löbliche Offenheit, wobei freilich der auf Denkfolgerichtigkeit pochende Verf. gar nicht ahnt, daß er damit den Hauptgrundlagen ſeiner Deduktion, daß die Fähigkeit zur freien Selbſtbeſtimmung, das Recht der Individualität und das Ehrgefühl geachtet werden müßten, ſchnurſtracks widerſpricht; —

eine weitere besondere Strafart von größerem Zeitumfang nöthig (Festungsstrafe od. dgl.). Endlich muß der einfachen Gefängnißstrafe ein weit höheres Maximum gegeben werden, als sie gewöhnlich in den deutschen Gesetzgebungen hat, weil es dringend geboten ist, mit den Ehrenstrafen so sparsam als möglich zu sein. — Dagegen erscheint es als verkehrt, um des nur auf beschränkte Weise zur Anwendung berufenen Pönitentiarsystems willen die Ehrenstrafen ganz zu opfern, während doch offenbar das Bewußtsein, daß man sich durch das Verbrechen eine Verminderung der bürgerlichen Ehrenrechte zugezogen habe, wesentlich mit ein Sporn zur Umkehr und zum Bestreben nach Wiedererlangung der vollen Rechtsfähigkeit sein muß. Oder wird denn etwa die Besserung, von der man mit so vieler Salbung spricht, nur als Mittel, den künftigen Broderwerb zu sichern, aufgefaßt? Oder — bildet man sich im Ernst ein, wenn der Staat die Ehrenstrafen aufhebe, so werde sofort auch die bürgerliche Gesellschaft den entlassenen Züchtling ohne alles Vorurtheil mit vollem Vertrauen wieder aufnehmen [1])? Uebrigens werden alle vom Besserungszweck entnommenen Einwendungen durch die Anerkennung, daß die Ehrenstrafen bloß zeitlich sein dürfen, hinlänglich beseitigt. Nur ist dies, wenn die Ehrenstrafe in Verbindung mit Freiheitsentziehung eintritt, nicht so zu verstehen, als müßte ihre Wirkung sofort mit der Entlassung aus der Strafanstalt ohne Weiteres aufhören [2]). Vielmehr muß von hier ab noch ein Probezeitraum festgesetzt sein, der erst ohne weiteres Verbrechen abgelaufen sein muß [3]), wenn das Aufhören der Wirkung der Ehrenstrafe aus-

davon gar nicht zu reden, daß bei einer so in Medizinalpraxis verkehrten Justiz die Gerechtigkeit ein leeres Wort wird, alles Maß der Strafe verschwindet und namentlich nicht einzusehen ist, wie die „verneinigen und bejahigen" Momente der Strafe auch bei kleinen Delikten in Anwendung gebracht werden sollen. — Von solcher äußersten Einseitigkeit, die sich zum Glück selten findet, ist namentlich der unermüdliche Wortführer des Systems in Deutschland, Mittermaier, frei. Er gehört auch noch zu den vermeintlichen Barbaren, welche vor Allem in der Strafe ein nach gerechtem Maße zu verhängendes Uebel sehen, die einseitige Verfolgung des Besserungszwecks verwerfen, vor unvernünftiger Sentimentalität warnen, und namentlich von der praktischen Rücksicht ausgehen, daß der Pönit.-Zweck jedenfalls länger (über 2 Jahre, mindestens ein Jahr) dauernde Freiheitsstrafen voraussetze. Gleichwohl hat auch er in allen seinen vielfachen Erörterungen der Frage sich keineswegs den wesentlichen Punkt klar gemacht, daß in der Pönitentiarbehandlung eine Bevormundung liegt, welche nur da statthaft ist, wo die Voraussetzung gemacht werden darf, daß das Subjekt zur sittlichen Regeneration aus eigener Kraft nicht fähig sei — ein Punkt, auf den schon das Nachdenken über die angemessene Behandlung der jugendlichen Uebertreter hätte führen sollen! Bei solchen Anlässen rächt sich der Mangel an festen Prinzipien. s. ob. §. 122. n. 1. Daher auch der oftmalige Meinungswechsel über einzelne wichtige Fragen, z. B. N. Arch. 1847. S. 283. üb. d. neusten Zust. d. Gef.einr. in Engl. S. 84—87. u. s. f., der unbegründete Eifer gegen das Beibehalten aller und jeder Ehrenstrafen (s. dag. selbst Röder S. 444), desgleichen gegen jeden, der nicht hinsichtlich der bisherigen Freiheitsstrafensysteme unbedingt tabula rasa machen will, und andere solche Uebertreibungen, die man (trotz der so oft von ihm selbst gemachten Einräumungen) gläubig hinnehmen soll, wenn man nicht einer bloß oberflächlichen Einsicht in das Wesen des Pönit.systems beschuldigt werden will!

1) Die Erfahrung in England spricht anerkannter Maßen dagegen.

2) so Theres., aber eben darum auch nur sehr beschränkt. art. 10. §. 7—12. vgl. Moser d. Pönit.Anstalt von St. Jakob. 1850. S. 330 ff.

3) Ges. v. St. Gallen 24. Nov. 1838. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 18 (immer noch getadelt von Mittermaier N. Arch. 1850. S. 353. n. 53. s. aber

gesprochen werden soll [1]). — Was nun noch die Frage betrifft, ob der Eintritt der Ehrenstrafen schlechthin vom Gesetz bestimmt oder ob er ebenso allgemein dem richterlichen Ermessen überlassen werden soll [2]), so liegt die Wahrheit in der Mitte. Die Ansicht, daß Alles dem richterlichen Ermessen überlassen werden müsse, entstand zu der Zeit, wo das verkehrte System herrschte, die Infamie durchaus an die Strafart zu binden und zugleich von der Dauer der Strafe abhängig zu machen. Hiegegen war sie durchaus im Recht, wenn sie darauf bestand, daß nur das Verbrechen infamire und daß am wenigsten der Zufall, wie es bei jenem unvernünftigen Strafensysteme unumgänglich sei, über den Eintritt der Ehrenschmälerung entscheiden dürfe [3]). Allein sie schoß weit über das Ziel, wenn sie nun lediglich das richterliche Ermessen entscheiden lassen wollte, was ebensogut ist, als wenn man überhaupt dem Richter anheimgeben wollte, welche Strafart (Geld-, Gefängnißstrafe ꝛc.) er im einzelnen Falle für passend erachten wolle [4]). Es ist doch gewiß nicht zu läugnen, daß es eine große Anzahl von Verbrechen giebt, von welchen der Gesetzgeber mit voller Richtigkeit und Sicherheit voraus bestimmen kann, daß sie Ehrenstrafen verdienen (wie Diebstahl, Betrug, Meineid, Raub, Nothzucht [5]), Mord ꝛc. ꝛc. [6]). Ist dies aber der Fall, dann ist es völlig gleichgültig, ob der Gesetzgeber die Ehrenstrafe an die gedachten Verbrechen [7]) oder ob er sie an die Strafart knüpft, der er sie unterwirft, sobald er nur nicht diese Strafart auch für nichtentehrende Verbrechen droht [8]). Ja, der zweite Weg ist der bessere deshalb, weil hiedurch die Möglichkeit abgeschnitten wird, den mit der Ehrenstrafe belegten mit solchen, die keine Ehrenschmälerung verdienen, in derselben Strafanstalt zusammenzubringen. Ausnahmsweise, d. h.

---

denf. cb. 1839. S. 572. Fortbildung I. 298 und N. Arch. 1851. S. 441. n. 50). Luzern. GB. Art. 95. Wadtländ. GB. Art. 86. (Unklar Mittermaier n. 6. z. F. §. 63). vgl. v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 394 ff. Bloß als Gnadenakt erscheint die Rehabilitation nach dem Code d'instr. art. 619 sq. und dem niederländ. GB. von 1840. Art. 74—78. Dafür v. Wiek N. Arch. 1851. S. 9 ff. der bair. Ausſch.ber. z. Art. 33. Dag. Hélie in rév. de législ. VII. p. 38 sq. Mittermaier Fortbild. I. 299.

1) Der richterliche Ausspruch hat es zu konstatiren, daß die legale Bedingung des Aufhörens eingetreten ist; es ist nicht etwa über die Moralität des Subjekts zu kognosziren.

2) Hiefür erklärt sich besonders Mittermaier N. Arch. 1839. S. 567 ff. Fortbild. I. 293 ff. Den im bad. Entw. gewählten Weg, den auch das thurgauische GB. annahm und bes. v. Jagemann lobpries, giebt er indessen mit Recht Preis, N. Arch. 1846. S. 137. — Dag. s. Heffter N. Arch. 1837. S. 333 ff.

3) Schüler Beitr. z. sächs. Entw. S. 17—21.

4) Dies sieht selbst v. Jagemann ein N. Arch. 1838. S. 267. 268.

5) Diese nimmt v. Jagemann S. 382 aus.

6) Schrift üb. d. bad. Entw. S. 17 ff. (bes. S. 22). Dies hat denn doch auch wieder Mittermaiers Beifall. Fortb. I. 296. s. auch v. Jagemann S. 374 ff., der aber S. 377 seinem eigenen verkehrten moralischen Ausgangspunkt geradezu (unter Berufung auf Hegel!!) widerspricht.

7) Norweg. GB. und relativ hamburg. Entw. 1851.

8) Der Fehler des preuß. GB. ist (abgesehen von der Lebenslänglichkeit der Ehrenschmälerung) nur der, daß es die Zuchthausstrafe zu oft absolut droht, keineswegs aber ein Nachahmen des Code pén., was ihm Mittermaier N. Arch. 1851. S. 438 vorwirft (den bair. Entw. trifft dieser Vorwurf allerdings). s. auch Goldtammer I. 82—84.

bei ſolchen Verbrechen, bei denen es auf die Umſtände ankommt, ob im einzelnen Fall eine Ehrenſchmälerung verdient iſt oder nicht (z. B. Duell, Tödtung eines Einwilligenden ꝛc.) ſteht nichts im Wege, alternativ eine entehrende oder nicht entehrende Strafart anzudrohen und inſoweit allerdings dem richterlichen Ermeſſen Raum zu laſſen [1]). Die Klaſſe dieſer Verbrechen iſt aber nicht groß, da bei manchen, die man dahin rechnet [2]), wie Fälſchung [eines Paſſes], Unterſchlagung [eines Schatzes] u. dgl. das Geſetz ſelbſt ſchon im Voraus den geringen Grad beſonders normiren kann (wie auch bei Familiendiebſtahl u. dgl.), und da — was beſonders zu bemerken iſt — die hier ſo oft namhaft gemachten politiſchen Verbrechen [3]) gar nicht hierher gehören, vielmehr eine Mittelklaſſe bilden [4]), bei welcher der Staat durchaus in ſeinem Recht iſt, wenn er zwar nicht dieſelbe Ehrenſchmälerung wie bei gemeinen entehrenden Verbrechen, wohl aber einen größeren oder geringeren Grad von Verminderung der politiſchen Rechtsfähigkeit androht. — Was endlich die Modalitäten des Pönitentiarſyſtems betrifft, ſo iſt ein fertiges Urtheil nicht möglich in einer Sache, worin noch immer experimentirt wird [5]), und um ſo weniger, da die bei andern Nationalitäten gemachten Er-

---

1) Dies geſchieht im preuß. GB., nur weit nicht im gehörigen Umfang. Beſeler S. 33. 113. Die übrigen deutſchen Gbücher (wenn man das hann. Art. 23 ausnimmt und von dem allgemein im Uebermaß gehätſchelten Duell abſieht) liegen hier noch ganz im Argen. ſ. dag. das wadtländ. GB., den meklenb. u. belg. Entw. ꝛc., ſowie den hamburg. von 1851 (letzterer überläßt dem Richter zuviel; richtiger iſt der belgiſche, den Mittermaier N. Arch. 1851. S. 438 ungenau auffaßt, der aber freilich den großen Fehler hat, Gefängniß und Zuchthaus an einander grenzen zu laſſen, mithin den rechtlichen Charakter dieſer Strafarten zu verwiſchen). vgl. übr. ſchon die Theresiana Art. 10. §. 5. 6.

2) Mittermaier N. Arch. 1839. S. 567. Unbegreiflich iſt, wie v. Jagemann S. 383. 384 auch die kulpoſen Delikte hierher zählen mag, von denen ſich doch wohl von ſelbſt verſteht, daß ſie nicht zuchthauswürdig ſind, wenn gleich gerade bei ihnen die Interdiktion einzelner Berechtigungen ganz am Platze ſein kann.

3) Freilich charakteriſirt ſie oft einer und derſelbe verſchieden. ſ. z. B. Mittermaier Forth. I. 293 und N. Arch. 1847. S. 282.

4) ſ. auch Wirth Ethik II. 327. 328, der übrigens das Syſtem der Ehren- und Freiheitsſtrafen im Ganzen nicht richtig darſtellt. — vgl. Birnbaum N. Arch. 1844. S. 179 ff.

5) ſ. außer den ſchon o. a. Schriften: Diez Ueb. d. Vorz. der einſamen Einkerkerung. 1842. David üb. d. neueren Verſ. z. Verbeſſer. d. Gef. 1842. Dean the philos. of human life. 1839. p. 157 sq. Combe moral philos. 1841. p. 290 sq. Suringar Consid. sur la reclusion indiv. mit Vorr. v. Moreau Christophe 1843. Marchal not. sur les prisons de Strasb. 1841. Ducpetiaux not. sur la colonie de Mettray. 1843. Petitti della condiz. esord. della rif. d. carceri. 1843. Verdeil de la reclusion 1842. Gosse analyse de l'ouvrage de Verdeil. 1843. Leon Faucher in d. rév. des deux mondes. Febr. 1844 und überh. die Schriften über den hier kritiſirten franz. Geſ.Entw. Hoorebeke de la recidive dans ses rapports avec la ref. pénit. 1846. Lieber Bruchſt. über Gegenſt. der Strafkunde 1845. Russel adress to the congr. of Frankf. 1846. Field prison discipline. 1846. Le Frau de la réf. d. pris. 1845. Poirel de la réf. d. pris. 1846. Bonnet hygiéne des pris. 1847. Volpicella prop. di una compiuta rif. d. prig. 1845. Field life of Howard 1850. Jebb obs. on the separate syst. 1847. rep. on the discipl. of Portland. 1850. Kingsmill prisons and prisoners 1849. a commonsense view of the treatment of criminals. 1850. Dixon the London prisons. 1850. Moſer die Pönit.anſtalt in St. Jakob. 1850. Michel die Strafanſtalt in Bern. 1850. v. Wiek die Iſolirung der Sträflinge. beſ. die engl.,

fahrungen nicht ohne Weiteres auch für Deutschland maßgebend sind. Gewiß scheint wenigstens soviel, daß weder das pensilvanische Isolirungssystem, noch das auburnische System des schweigenden Zusammenarbeitens in abstrakter Durchführung sich bewährt hat, daß jenem namentlich die Einrede der physischen und moralischen Entnervung, diesem die Einrede einer nur durch gehäufte Strafen zu erzwingenden Widernatürlichkeit entgegensteht; daß beide Systeme, zweckmäßig modifizirt, vielfachen Nutzen stiften, daß sie kombinirt und je für die eine oder andere Gattung von Sträflingen mit Vortheil gebraucht werden können; — daß jedenfalls das eine und andere System seine wesentlichen Bedingungen hat, ohne deren angemessene Herstellung kein Erfolg erwartet werden kann (z. B. das Isolirsystem, bauliche Einrichtungen ohne akustische Schäden, Heizungsapparate, Raum zum Ergehen im Freien, Proportion der Zahl der Gefangenen zur Möglichkeit einer individualisirenden Behandlung, möglichste Sorge für Abhaltung der so nahe liegenden Gefahren für körperliche und geistige Gesundheit, Abwehr pietistischer Einflüsse und falscher Sentimentalität, Verhütung der Beförderung der Heuchelei u. s. f.), daß Barbareien wie die Tretmühle, und Spielereien mit ganz zwecklosem Arbeiten oder Gebetplappern vermieden werden müssen, daß aber vor Allem der Begriff der Strafe nicht unter dem Besserungszweck verschwinden darf. —

IV. Lebenslängliche Freiheitsstrafe hat mancherlei Bedenken hervorgerufen, wo man sie nur als Mittelglied zwischen der Todes- und der zeitlichen Freiheitsstrafe zu betrachten gewohnt war [1]). Dieselben fallen weg, sobald sie an die Stelle der Todesstrafe tritt [2]). Daß dies aber geschehen muß, zeigt die ganze bisherige Entwicklung der Frage über die Beibehaltung der letzteren, welche ergiebt, daß die Vertheidiger sich auf die letzte Schanze zurückgezogen haben [3]). Es würde zu weit führen, hier Alles oder auch nur das Meiste von dem anzugeben, was über die Frage seit Beccaria von den verschiedensten Standpunkten aus gesagt worden ist. Auch bedarf es dessen an dieser Stelle nicht, wo lediglich vom Standpunkt des Rechts auszugehen ist und daher andere, an sich noch so hochzuachtende, religiöse, moralische, politische Gesichtspunkte sich bescheiden

---

amerikanischen ꝛc. reports. — Gegen diese Bestrebungen s. Sismondi des colonies pén. 1841. Aufs. in Falcks Arch. I, 3. S. 434 ff. Gleizes mém. sur la ref. d. prisons. 1840. Laurie Killing no murder 1846. Carlisle Letters pamphlets. 1850. nr. II March. 27. Pearson bei Mitterm. über den neusten Zust. S. 26 ff. Mittermaier n. 4. z. F. §. 149.

1) s. z. B. Henke I. §. 69. Abegg im N. Arch. 1838. S. 62 ff. Mittermaier in der rév. de législ. 1836. IV. p. 21. 96. 270. im N. Arch. 1838. S. 326. 327. 1839. S. 163 ff.

2) Die einseitigen Lobredner des Pönitentiarsystems, die damit lebensl. Freiheitsstrafe unvereinbar (?) glauben, mögen es unter sich ausmachen, wie sie unter dieser Voraussetzung sich helfen wollen. Am einfachsten ist es, die lebensl. Freiheitsstrafe auch mit zu verwerfen (Röder a. a. O. S. 422). Mittermaier hat, obwohl er so viele Anatheme gegen sie von jenem Standpunkte aus geschleudert hat, bei seiner neuerlichen Erklärung gegen die Todesstrafe (N. Arch. 1851) es vermieden, sich über den Punkt auszusprechen.

3) s. bes. Abegg im A. Arch. 1850. S. 174—180. Es ist zu beklagen, daß er sich hier und wiederholt im Beil.H. 2. z. 1851. S. 16, in den N. sächs. Jahrb. VIII. 117—119 die Diatriben von Hepp und die Spöttereien von Stahl gegen die deutsche Nat.Versammlung hat aneignen mögen!

müſſen [1]). Aber auch auf dem Standpunkte des Rechts iſt es an dieſer Stelle unnöthig, auf die Beweisführungen der verſchiedenen relativen Strafrechtstheorieen [2]) einzugehen, — mögen ſie im Reſultate übereinſtimmen oder abweichen —, nachdem oben gezeigt wurde, daß dieſe Theorieen zwar ſämmtlich von einem richtigen Momente ausgehen, aber eben dadurch unwahr werden, daß ſie dieſes zum Ganzen aufſchrauben [3]). Vielmehr iſt hier nur nöthig, von dem Standpunkte der abſoluten Theorie auszugehen, und dies wird um ſo unpartheiiſcher erſcheinen, da gerade auf dieſem Boden die gewichtigſten Vertheidiger der Todesſtrafe ſtehen. Denn abgeſehen von den Gründen der Präventioniſten, von den nach Belieben zu wendenden politiſchen Gründen und denen, welche aus einem den weſentlichen Inhalt der Lehre verläugnenden Chriſtenthum entnommen werden, taugt die gewöhnliche Behauptung, daß auf die ſchwerſte Verletzung die ſchwerſte Strafe gehöre [4]), obwohl ſie eben nur aus der abſoluten Theorie geborgt iſt (die freilich oft genug von ihren Verächtern gebraucht wird, um die Blößen des eigenen Vorſtellungenaggregats zuzudecken), natürlich gar nichts, da erſt noch erwieſen werden muß, daß das Leben unter die Gegenſtände der Strafmittel gehöre, geſetzt auch es wäre unläugbar, daß der Tod das höchſte Uebel ſei [5]). Jenen Beweis ſuchten nun Kant und Hegel wirklich zu führen, aber nur aus dem Prinzip der materiellen Talion (vor dem man doch ſonſt ſo ſehr, und mit Recht, das Kreuz macht) und konſequenter Weiſe [6]) nur für den Mord. Hegel geht

---

1) A. M. Mittermaier n. 2. z. F. §. 145, der nur politiſche und — ſtatiſtiſche Gründe entſcheiden laſſen will.

2) Mit einigen hätte man freilich leichte Mühe, z. B. wenn Hepp Darſtell. II, 2. S. 794. 795 für die Todesſtrafe nichts weiter anzuführen weiß, als: für die ſchwerſte Schuld gehöre die ſchwerſte Strafe (!) — ſie ſei nöthig, damit von ihr abwärts die Proportion eingehalten werden könne (!!) — und Moral und Chriſtenthum ſeien nicht dagegen.

3) Literatur bis 1838 ſ. b. Kappler S. 395—410 (freilich immer noch ſehr unvollſtändig; fehlen doch ſogar Rousseau, Bentham, Kant und Hegel!). ſ. auch namentlich noch Henke I. §. 65. Abegg §. 126. Rossi III. c. 6. Hélie I. 99 sq. Jarcke I. §. 41. Gros Nat.R. §. 355 a. E. Stahl Rechtsphil. II. 392 f. Richter philoſ. Strafr. S. 248 ff. Daub Darſt. d. Hypoth. üb. Willensfreiheit 1834. van Ghert de necess. poen. cap. 1836. Silvela du maintien de la peine de mort. 1832. Mittermaier im N. Arch. X. 346 f. XII. 206 f. 678 ff. XIII. 304 f. — 1834. S. 1 ff. 195 ff. 1836. S. 1 ff. 292 ff. ferner 1840. S. 442 f. 583 f. — 1841. S. 1 ff. 311 ff. — 1848. S. 408 ff. 1851. 302 ff. 1853. S. 57 ff. Zöpfl Denkſchr. üb. d. Todesſtr. 1839. Heidel üb. d. Rechtmäß. d. Todesſtr. 1839. Doublet de Bois Thibault du rég. cellulaire ꝛc. 1839. Althof üb. d. Verwerfl. d. Todesſtr. 1842. Röllner Wiſſenſch. u. Leben in Bez. auf d. Todesſtr. 1843. Solimène de la réf. du Code p. 1845. p. 56 sq. Zſchokke Aehrenleſe 1844. S. 144 ff. Menant obs. sur la peine de mort. 1846. Lichtenberg d. Strafe d. Zuchth. 1846. S. 158 ff. Hepp im N. Arch. 1847. S. 461 ff. 1848. S. 130 ff. Preuß. Juſtizminiſt.bl. 1848. S. 247 ff. Nypels in d. Ausg. von Hélie I. p. 40 sq. Mittermaier n. 1—5. z. F. §. 145. Goldtammer I. 84—86. Bericht der Wirt. Juſtizgeſ.geb.Komm. II. K. üb. den Geſ.entw., betr. Wiedereinf. d. Todesſtr. 1852.

4) Dies war der einzige poſitive Grund der Komm.Minderheit in Wirtemberg!

5) Bekanntlich wurde dies oft geläugnet (ſ. ſchon Caesar bei Sall. Cat. 49), daher Feuerbach eine eigene Abh. dagegen ſchreiben zu müſſen glaubte, Bibl. II, 1. S. 244 ff. ſ. aber dieſen ſelbſt S. 277—282. vgl. Richter S. 255. 256. Bentham u. A.

6) Kant nennt freilich auch den Hochverrath, aber ohne allen Beweis; denn

zwar im Allgemeinen, abweichend von Kant, von der Verwerflichkeit des Prinzips der materiellen Talion aus und fordert nur Proportion nach dem Werthe, von dem er zugiebt, daß er sich immer nur annähernd ausdrücken lasse [1]). Gleichwohl fällt er beim Morde auf den von ihm selbst verworfenen, ja mit Spott gegeißelten Standpunkt der spezifischen Gleichheit zurück, wofür er nur fast beiläufig den fahlen Grund hinwirft, daß es für das Leben als den ganzen Umfang des Daseins keinen Werth gebe [2]). Dies ist ein absoluter Widerspruch, der nicht bestehen kann. Ist das Letztere richtig, so ist nicht allein die Todesstrafe beim Mord, sondern es sind auch die verstümmelnden Strafen bei der Körperverletzung rechtmäßig, da es für die Gesundheit ebensowenig einen adäquaten Werth giebt, als für das Leben. Wo wäre ferner der adäquate Werth bei Nothzucht, Ehebruch ꝛc.? Entweder muß man sich daher überall, wo sich ein adäquater Werth nicht auffinden läßt, zu der „Absurdität" der Vergeltung nach der spezifischen Gleichheit, so weit es geht, und — soweit es nicht geht —, zur Vergeltung nach der absoluten Willkühr entschließen, — oder man muß das Prinzip der Vergeltung nach dem annähernden Werthe konsequent handhaben und darf daher auch beim Mord nicht zu dem verworfenen Prinzip der spezifischen Gleichheit zurückgreifen. Man darf dies um so weniger, da darin noch ein weiterer starker Verstoß gegen das Prinzip des ganzen Systems liegt. Dasselbe geht davon aus, daß im Verbrechen (im Unterschiede vom bürgerlichen Unrecht) die Verletzung ihre Existenz nicht in deren objektivem Produkte, sondern nur im Willen des Verletzers habe. Daraus folgt aber, daß das Maß der Strafe sich keineswegs bloß nach dem Objekte der Verletzung bestimmen kann, dieses vielmehr nur als sekundär mitbestimmendes Moment sich geltend machen darf [3]). Mit gutem Grunde haben daher auch Abegg und Richter von jener fatalen Deduktion aus der spezifischen Gleichheit Umgang genommen und sich vielmehr an einen andern Satz Hegels gehalten, den nämlich: daß eine Entäußerung des Lebens im Dienste einer sittlichen Idee zulässig sei. Abegg [4]) begnügt sich mit einer einfachen Anführung dieses Satzes, unter Beifügung der Versicherung, es könne die Schuld einen Grad erreichen, wo der innerste Widerspruch nicht anders zu heben sei, als mit dem physischen Dasein (wo der Leib hingegeben werden müsse, um die Seele zu retten) [5]). Genauer geht Richter [6]) ein. Frei-

---

das Sophisma, daß der Hochverräther das Leben aller Bürger gefährde, ist keiner; und, wenn hier mit Berufung auf die innere Bösartigkeit der materiellen die formelle Talion untergeschoben wird, so wird gerade der Hauptnerv des Beweises für den Mord abgestumpft. Ganz ungenügend ist die Auffassung bei Hepp Darst. I. 97. 98. 103.

1) Rechtsphil. §. 101 und Anm.

2) eb. Zusatz. Der bad. Komm.ber. (Thilo S. 70) stützt sich auf denselben und zugleich auf den andern Satz von Hegel, daß der Verbrecher nach demselben Gesetz zu behandeln sei, das er durch seine Handlung selbst aufgestellt habe.

3) Wirth Ethik II. 332—334.

4) Lb. S. 190. s. auch Roßhirt Entw. S. 455 ob. Beseler S. 92.

5) Abegg S. 189 sagt mit Recht, es sei für und gegen die Todesstrafe manches unglaublich Seichte ausgesprochen worden. Aber dagegen helfen solche mystischen Aussprüche nichts, mit denen die Philosophie wenigstens nichts anzufangen weiß. Selbst Stahl verläßt doch hier wenigstens den rechtsphilosophischen Boden nicht; er borgt den Satz von Fichte, daß der Verbrecher eigentlich Vernichtung verdiene, nur nicht immer absolute, worin Hepp I. 246 einen „nicht glücklichen Gedanken" findet.

6) Philos. Strafr. S. 249 ff.

lich müſſen beide gerade von der Läugnung des Hegel'ſchen Satzes, daß das Leben unſchätzbar ſei, anheben, indem ſie behufs der Rechtfertigung der Todesſtrafe auf jenen andern Satz rekurriren, den ſie keineswegs im Sinne H.'s anwenden. Denn er ſagt bloß: der Einzelne habe kein Recht, ſein Leben hinzugeben, außer im Dienſte einer ſittlichen Idee; es fällt ihm aber nicht ein, zu ſagen, der Staat habe ein unbedingtes Recht auf das Leben; vielmehr ſpricht er nur von dem Rechte des ſittlichen Ganzen, im Dienſte für das Vaterland auch das Leben zu fordern, wobei er gewiß nicht an das Schaffot denkt, da er in der Aufopferung die ideelle Forterhaltung der einzelnen Perſönlichkeit als ſich vollziehend annimmt. Es iſt klar, daß er damit den verdienten Nachruhm des für ſein Vaterland Geſtorbenen meint. Um nun aber darzuthun, daß auch die Perſönlichkeit des auf dem Schaffot Geopferten nicht ſchlechthin untergehe (denn mit Recht ſagt H., Leben und Perſönlichkeit laſſen ſich nicht trennen) [1]), rekurrirt Richter auf — das Erbrecht! Zugleich beruft er ſich zum Beweiſe dafür, daß das Leben der Rechtsidee gegenüber keinen abſoluten Werth habe, auf die Nothwehr. Letzteres nun ganz mit Unrecht, da es ſich hier von einem momentan aufgehobenen Rechtszuſtande handelt, von welchem kein Schluß auf den beſtehenden zuläßig iſt [2]). Hievon jedoch, ſowie von der großen Inkonſequenz abgeſehen, die darin liegt, den bürgerlichen Tod mit Entrüſtung zu verwerfen und doch die Todesſtrafe für gerecht zu erklären, beruht dieſe ganze Beweisführung auf einer Erſchleichung. Zugegeben nämlich, daß das Leben keinen abſoluten Werth einer ſittlichen Idee gegenüber hat, ſo iſt es zwar gewiß, daß die betr. ſittliche Idee und in ihrem Namen der Staat das Recht hat, dieſes Opfer behufs der Vertheidigung des Vaterlands zu fordern. Daß er es aber auch habe behufs der Sühnung von Verbrechen, — dies iſt kein Axiom, ſondern muß bewieſen werden, und dieſen Beweis bleiben Richter und Abegg ſchuldig (die v. a. Verſicherung des letzteren iſt keiner). Er iſt auch in der That auf dem Boden des Syſtems, von dem ſie ausgehen, nicht zu führen, wenn man einmal anerkennt, daß Hegel in dem Zuſ. zu §. 101 ſeinem eigenen Prinzip widerſprochen hat. Vielmehr muß man, wenn man dieſem und dem Begriff der Strafe als einem Zwange gegen den Willen des Verbrechens, ſowie dem andern Fundamentalſatze, daß für den Staat das Leben mit der Perſönlichkeit zuſammenfällt, getreu bleiben will, das Leben ganz aus der Reihe der Strafmittel ſtreichen, da jedes Verbrechen, auch das tiefſte, nur eine beſtimmte Handlung iſt, in der ſich niemals die geſammte Subjektivität als gänzlich, auch der Potenz nach, dem Vernunftwillen entgegengeſetzte, unheilbar böſe preisgiebt [3]). Nur wo dieſes möglich wäre, könnte die totale Vernichtung der Perſönlichkeit gerecht erſcheinen. Da es aber nicht möglich iſt, ſo muß der Staat die Perſönlichkeit, in welcher ſtets die Mög-

1) Nach Abegg iſt dies der Fall, wobei er freilich von der Rechtswelt abſtrahiren und auf eine transcendentale verweiſen muß.

2) Mit Unrecht ſagt Wirth S. 335 daſſelbe auch vom Kriege, bei welchem vielmehr ein anderer Geſichtspunkt eintritt.

3) Richter ſelbſt ſagt (S. 263): „Selbſt aus der tiefſten Verworfenheit iſt Erhebung zum wahren Vernunftleben möglich.“ vgl. beſ. Wirth S. 334 und — S. 335 — die treffende, nur den Buchſtabengläubigen nicht zuſagende, Würdigung des religiöſen Moments der Frage. Ein Gefühl des Richtigen ſ. auch bei Henke I. §. 65.

lichkeit der ſittlichen Wiederherſtellung liegt, beſtehen laſſen. Als die höchſtmögliche Strafe eines Verbrechens ergiebt ſich daher nur die gänzliche Aufhebung des in der That offenbar gewordenen abſolut widerrechtlichen Willens, alſo nicht Vernichtung der Perſönlichkeit, — ſondern nur lebenslängliche Entziehung der Freiheit und Stellung unter die Vormundſchaft des Staats [1]). — Als werthlos ſind dagegen faſt alle ſonſt gegen die Todesſtrafe vorgebrachten Gründe aufzugeben, namentlich die aus dem Naturzuſtand und der Fiktion des Staatsvertrags hergenommenen, ferner die, daß der Staat nicht nehmen könne, was er nicht gegeben habe, daß die Todesſtrafe zur Abſchreckung und Sicherung unnöthig ſei, daß ſie dem Staat einen vielleicht noch brauchbaren Bürger entziehe, daß ſie ungleich wirke, dem Verletzten keinen Nutzen bringe, daß ſie untheilbar, daß man mit der Frage über die Zurechnung noch nicht im Reinen ſei [2]) u. ſ. f. Wenn man aber auch gegen den Einwurf, daß die Todesſtrafe im Fall eines begangenen Irrthums irreparabel ſei, ſogleich die wohlfeilen Repliken hört, das beweiſe zu viel, alſo nichts, da es auch bei andern Strafen vorkommen könne [3]), und — der Einwurf treffe nur das gerichtliche Verfahren, ſo muß man den ſchamloſen Leichtſinn bewundern, der eine ſolche Gewiſſensberuhigung genügend findet [4]). — Die Todesſtrafe beſteht noch in den meiſten europäiſchen Staaten (auch in Amerika), jedoch iſt ſie im Laufe dieſes Jahrhunderts überall auf eine geringere Zahl von Fällen eingeſchränkt und meiſt ausdrücklich als ein nothwendiges Uebel bezeichnet worden, das man in nicht ferner Zeit ganz entbehren zu können hoffen dürfe.

2) Entſchieden hat der Fortſchritt der Civiliſation den Stab gebrochen über alle Verſchärfungen der Todesſtrafe [5]) und über die verſtümmelnden Strafen, — faſt überall auch über die körperliche Züchtigung, welche jedoch noch ein größeres Häuflein von Vertheidigern hat [6]) und in einigen Staaten theils noch beſteht,

---

1) Gegen diejenigen, welche den Gegnern der Todesſtrafe ſo gerne Weichlichkeit, falſche Humanität oder gar (pöbelhaft genug) ſittliche Indifferenz vorwerfen, ſagt Wirth ſehr richtig: „Nicht milder, ſondern intenſiver wird das Strafſyſtem werden, wenn der Staat ſtatt des bloßen Einſperrens der Verbrecher oder des bloßen Abſchlachtens die innere Aufhebung der Unthat zu ſeinem ſittlichen Zwecke macht und dem Pönitenſyſteme ſeine rechte Ausdehnung giebt.“ Eben in der Nothwendigkeit, dieſes Syſtem auch hier anzuwenden, liegt es aber, daß mit dieſer Strafe nicht der bürgerliche Tod verbunden werden darf. ſ. auch die bad. Mot. b. Thilo S. 73. Daß darin eine Inkonſequenz liege, iſt eine willkührliche Behauptung von Roßhirt Entw. S. 470. vgl. Henke I. §. 67. Wenn Grolman §. 70, Tittmann I. §. 69 ꝛc. beides für unzertrennlich hielten, ſo war es Konſequenz eines falſchen Prinzips.

2) ſ. dag. Richter S. 253. 254. 259—262. Abegg im N. Arch. 1850. S. 73.

3) Begreift man denn nicht den himmelweiten Unterſchied, daß alle andern Strafen wenigſtens die Möglichkeit einer Gutmachung offen laſſen, die Todesſtrafe dagegen dieſe Möglichkeit von vorn herein — buchſtäblich — abſchneidet?

4) Nicht viel ſchicklicher ſind die gewöhnlichen Repliken gegen den Einwurf, daß die Todesſtrafe die Möglichkeit der Beſſerung aufhebe (ſ. z. B. Richter S. 262), jene kindliche etwa abgerechnet, daß ſich der Miſſethäter ja auf dem Schaffot noch beſſern könne.

5) Ausnahmen enthalten nur das bair. GB. Art. 6 und das hannövr. Art. 9. Die letzten Vertheidiger ſind Oerſted, Jarcke, Gans und das preuß. Kabinet b. Goldtammer I. 86—89.

6) Oerſted Prüf. d. bair. Entw. S. 98. Eſcher vier Abh. S. 112. 113. Thoma Bem. üb. d. bair. Entw. S. 50. Jarcke I. 263. Trummer in d.

theils ſogar wiedereingeführt worden iſt. Wenn letzteres (z. B. in Wirtemberg) von den Vorſtehern der Strafanſtalten behufs der Handhabung der Disziplin in dieſen beantragt und wenn für die Züchtigung als ſelbſtändige Strafe oder als Schärfungsmittel von Freiheitsſtrafen der Grund geltend gemacht wird, daß die Freiheitsſtrafen nicht repreſſiv genug wirken, ſo beweist dies nur, daß in den betr. Staaten die Strafanſtalten mangelhaft eingerichtet ſind und berührt die Frage nach der Rechtmäßigkeit gar nicht [1]). Wenn in einer aufgeregten Zeit die Zahl muthwilliger und frecher Vergehen ungewöhnlich zunimmt, ſo liegt es im Lauf der Natur, daß darauf von ſelbſt wieder eine entſprechende Abnahme folgen muß, und die Regierungen handeln nicht zu ihrem Vortheile, wenn ſie alsbald den Kopf verlieren und ſich nur mit dem Prügel zu helfen wiſſen [2]). Wenn endlich gerade in dieſer Frage Berufungen auf die Volksanſicht mit Salbung vorgetragen werden, ſo hat die Klaſſe der Gebildeten im Volk allen Grund, ſich über eine ſo ſeltene Erſcheinung zu wundern und für die Verwechslung des Volks mit dem Pöbel zu bedanken [3]). Faßt man, von ſolchen ephemeren Motivirungen abgeſehen, die für die Strafe vorgebrachten Gründe in's Auge, ſo fällt der, daß ſie ſich gegen roh ſinnliche Menſchen als arg. ad hominem bewähre, mit dem verwerflichen Prinzipe der rohen Talion überhaupt in Nichts zuſammen [4]). Der andere, daß es nur durch die Prügelſtrafe möglich werde, den Nachtheil längerer Freiheitsſtrafen von dem Schuldigen, ſeinen Angehörigen und dem Verletzten ſelbſt abzuwenden, verkennt ganz, daß der ſtrafende Staat auf ſolche Privatverhältniſſe keine Rückſicht nehmen und am wenigſten ein entehrendes Strafmittel als eine Art von Gnade anbieten darf [5]). Wenn ſie ferner beſonders deshalb empfohlen wird, um jugendliche Uebertreter vor der Peſt der entſittlichten Gefängniſſe zu ſchützen, ſo heißt dies den Beelzebub durch ſeine Großmutter

---

krim. Beitr. III, 2. S. 179 ff. v. Schirach Krit. des v. Eggers'ſchen Entw. S. 140, nur theilweiſe auch Wächter Strafarten ꝛc. S. 174 ff. Roßhirt Entw. S. 461—463. Abegg §. 130, neueſtens beſ. Hudtwalker im N. Arch. 1842. S. 163 ff., ſ. aber denſ. in d. krim. Beitr. II, 2. S. 432! Graba Andeut. üb. die Ref. d. Gefängn.

1) Die Minderheit der JuſtizGgeb.komm. in Wirt. (1852) hat ſich nicht entblödet, den Aerzten, welche aus mediziniſchen Gründen ſich gegen die körperl. Zücht. erklärten, vorzuwerfen, daß ſie unter dem Deckmantel ärztlicher Gewiſſenhaftigkeit politiſche und philoſophiſche Anſichten zur Geltung bringen wollen! — ſ. übr. Breidenbach I. 1. S. 306. 307.

2) Ueber die gute Wirkung der Beſonnenheit der bad. Regierung ſ. v. Jagemann im N. Arch. 1841. S. 262 ff. Eine ähnliche Erfahrung ſ. b. Breidenbach I. 1. S. 308. Arnold im N. Arch. 1843. S. 274 ff. ſ. auch die preuß. Vhdl. b. Goldtammer I. 113—116.

3) Tief zu beklagen iſt es, wenn ſogar höchſte Richterkollegien es über ſich gewinnen können, den Gegnern der Strafe, d. h. faſt allen europäiſchen Männern der Wiſſenſchaft und der unendlich überwiegenden Anzahl der europäiſchen Geſetzgebungen „Schwachmüthigkeit, kränkelnde und kurzſichtige Philanthropie, ſentimentale und verkehrte Anſichten, vollkommene Verkennung oder Verläugnung der Volksanſicht" vorzuwerfen!!

4) vgl. Möllner im N. Arch. 1843. S. 195. Arnold eb. S. 277. n. 16.

5) vgl. Möllner a. a. O. S. 196—198. Henke I. 431, wo zugleich mit Recht auf die Nachtheile hingewieſen wird, die bei der Frage über das Werthverhältniß zwiſchen Freiheits- und Prügelſtrafe ſich herausſtellen.

austreiben [1]). Als weitere Hauptkandidaten werden ausländiſche Gauner und Landſtreicher bemerklich gemacht; es iſt aber eine ſolche Unterſcheidung zwiſchen In- und Ausländern längſt als unwürdig und gefährlich nachgewieſen worden [2]). Der Grund der vorzüglich abſchreckenden Wirkung iſt theils an ſich problematiſch, theils fällt er mit der Verwerflichkeit der einſeitigen Abſchreckungstheorie von ſelbſt zu Boden [3]). Wenn endlich gar die Wohlfeilheit geltend gemacht wird [4]), ſo — hat die Wiſſenſchaft hierauf nicht zu antworten. Der weſentlich entſcheidende Grund gegen die körperl. Züchtigung liegt in dem, was gerade ſo oft für ſie angeführt wird: daß ſie ja eben nur auf den Abſchaum der Menſchheit, auf Leute von beſtialiſcher Art berechnet ſei, bei denen das Ehrgefühl ſich abgeſtumpft habe [5]). Denn hiemit iſt die Strafe als abſolut entehrende und zugleich als bloße Erregung phyſiſcher Schmerzen bezeichnet. Auch iſt dies richtig, da nur die Verbindung dieſer beiden Elemente ſie überhaupt fähig macht [6]), einen Platz unter den Strafmitteln des Staats auch nur anzuſprechen. Hätte ſie nämlich bloß die zweite Bedeutung, ſo fiele auch dieſer ſcheinbare Anſpruch weg, da der Staat doch keine Hundedreſſur ausüben kann. Nun trifft aber gerade das Eigene ein, daß man die Strafart eben nur für ſolche Individuen rechtfertigt, bei denen die erſte (ſittliche) Bedeutung derſelben verloren ſei, d. h. bei denen ſie zur bloßen viehiſchen Mißhandlung wird, mithin nur den ſtrafenden Staat ſelbſt entehrt [7]). Will man aber dieſer Klemme entgehen, indem man zugleich das andere (geiſtige) Element, was in dem ehrenkränkenden Charakter der Strafe liegt, hervorhebt, ſo ſetzt man ehrliebende, nicht verthierte Menſchen als Kandidaten einer Strafe voraus, die man kaum zuvor als eine ſolche bezeichnet hat, die nur für verthierte paſſe, und begeht an ihnen durch ihre Zufügung ein ſchändliches, nie wieder gutzumachendes Unrecht [8]). Dazu kommt dann die Unmöglichkeit der Vorausberechnung, welche Perſonen und Fälle als beſtialiſch zu behandeln ſeien [9]), daher entweder willkührliche Abſtraktionen im Geſetz, wobei die Prügel gerade an den Unrechten kommen können (wo ſie nur allgemein oder

---

1) Breidenbach I. 1. S. 309. 310. Röllner a. a. O. S. 200. 201. Arnold a. a. O.

2) Röllner a. a. O. S. 201. 202. v. Jagemann N. Arch. 1841. S. 254. 255.

3) Oskar Strafe und Strafanſt. S. 16 ff.

4) ſo v. Linde in d. heſſ. Verh. Ueberhaupt wurden von Mitgliedern erſter Kammern bei dieſer Gelegenheit gar oft Aeußerungen laut, die eher nach der Bedientenſtube riechen, z. B. man werde doch die Prügel — eine überall gangbare Münze (man hat es erlebt!!) — nicht bloß dem Privatverkehr überlaſſen wollen u. dgl.

5) Paßt das aber auch auf alle jugendlichen Verbrecher? paßt es auf alle diejenigen, denen man aus Humanität die Freiheitsſtrafe erſparen will? Und iſt es wohl ehrlich gemeint, wenn man verſichert, Leute höheren Standes ſollen, wenn ſie ſich prügelbar betragen, ohne Weiteres auch ausgeprügelt werden? Ehrlicher ſind in letzter Beziehung Hudtwalker a. a. O. S. 169. 170., die ruſſ. VO. bei v. Jacob Entw. 1818. S. XXII, 26 ff. Das preuß. Reſkr. 23. Mai 1812 (Mannkopf S. 29).

6) Inſofern hat gleichfalls Hudtwalker S. 165 gegen Mittermaier Recht.

7) Indirekt geſteht dies auch Roßhirt S. 463 zu; ebenſo die neuen bair. Mot. z. Art. 20.

8) ſ. auch Richter S. 276. 277. Breidenbach I. 1. S. 304.

9) Eben dieſes Unmögliche fordert Wächter Strafarten ꝛc. S. 176 von der Geſetzgebung.

auch bei einer bestimmten Zahl von Verbrechen als Schärfungen der Zuchthausstrafe aufgeführt sind) [1]), oder aber die gefährlichste, schrankenlose Freilassung des richterlichen Ermessens [2]). Mag die Prügelstrafe immerhin manche Nachtheile [3]) mit andern Strafarten gemein haben, z. B. ungleiche Wirkung, Unmöglichkeit der Vorausberechnung der Wirkung, Möglichkeit von Nachtheilen an der Gesundheit ꝛc., so treten doch theils diese Nachtheile bei ihr in verstärktem Maße ein, theils liegt darin nicht der wesentliche Grund ihrer Verwerflichkeit. Wohl aber ist der Erwähnung werth, daß die Willkühr bei dieser Strafe sich bis auf das Individuum erstreckt, dessen Arme der Staat ihre Vollziehung anvertraut [4]). — Abgeschafft ist die körperl. Züchtigung in Frankreich (vorlängst), Belgien (1840), Spanien (1848), Sardinien (1829), Neapel (1819), Parma (1820), Norwegen (Ausn. bei jungen Leuten von 10—15 J.). Sie fehlt in den Entwürfen für die Niederlande, Ungarn, Schweden (nur als ult. remedium bei der Disziplinirung der Sträflinge kommt sie vor). Was Deutschland betrifft, so ist sie abgeschafft in Nassau (1809), Braunschweig [5]) (1827), Baden (1831), Grh. Hessen (1841), Preußen und Oestreich (1848), Wirtemberg (Ges. 13. Aug. 1849), in den thüring. Ländern (1850 resp. 1852). Wieder eingeführt wurde sie in Oestreich (als Hauptstrafe, Disziplinarstrafe, wie als Schärfungsmittel für Kerker- und Arreststrafe [6]), und in Wirtemberg [7]) (in einer ebenso exorbitanten Weise).

3) Eine Art der vorkommenden Freiheitsstrafen ist die Verweisung, die man wieder in die eigentliche Verweisung und die Verstrickung (Konfination) abtheilt. Die erstere in der Form der Landesverweisung [8]) ist nicht sowohl deswegen, weil sie etwa den contrat social zum Grunde hätte, sondern einfach um des Völkerrechts willen [9]) zu verwerfen. Uebrigens kennen die deutschen Gesetz-

---

1) z. B. sächs. GB. Art. 8 (neuer Entw. Art. 13). wirt. GB. Art. 17.

2) so im wirt. Ges. 17. Juni 1853, im bair. Entw. ꝛc.

3) sie hat auch einen Vortheil, — den der Theilbarkeit, besonders wenn man, wie in Sachsen, das Maximum auf 90 Schläge setzt!

4) vgl. den lehrreichen Art. von Stelzer üb. die russische Knute im A. Arch. VII. 402 ff. Gegen die Strafe bes. das wichtige Zeugniß v. Zeillers in Wagners Zeitschr. 1825. H. 3. S. 172 ff. v. Arnim Bruchst. I. 82 ff. Henke I. 428 ff. Mittermaier im N. Arch. X. 151—153. XII. 650 ff. Fortbild. I. 183—185. Magg in d. Zeitschr. f. deutsch. Strafverf. I. 489 ff. v. Jagemann N. Arch. 1841. S. 230 ff. Nöllner eb. 1843. S. 184 ff. Oskar Strafe u. Strafarten S. 15 ff. Breidenbach I. 1. S. 303 ff. Arnold N. Arch. 1843. S. 274 ff. 1844. S. 437 ff. Obermaier Anleit. z. Besserung der Verbr. in den Strafanstalten 1835. Zachariä im N. Arch. 1845. S. 282—285 und 1853. S. 401 ff. Abegg eb. 1848. S. 13 (vgl. Lb. §. 130). vgl. noch Hitzigs Annal. 1842. S. 356—365. N. Jahrb. (sächs.) 1845. S. 6—9.

5) Der §. 2 des Ges. 10. Juli 1840 fällt unter den Gesichtspunkt der (vom Staat polizeilich zu ergänzenden) häuslichen Zucht.

6) vgl. Hye S. 362. not. 4. S. 390 Note. S. 394.

7) so denn auch im neuen sächs. Entw. (ausgezeichnet durch barbarische Grausamkeit, namentlich gegenüber dem östr. GB.).

8) Als Verweisung aus einzelnen Orten oder Kreisen des Inlands ist sie mit der Konfination zusammenzurechnen.

9) Hiemit hätte sich Mittermaier N. Arch. X. 121 ff. wohl begnügen können. vgl. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 185—187. Cella freim. Ged. üb. Landesverweis. 1784. Michaelis Mos. R. Vorr. z. VI. S. 73. Klein-

gebungen (anders der code p. und die meiſten Geſetzgebungen der Schweiz) dieſe Strafe nicht; denn die in jenen vorkommende Ausweiſung von Ausländern nach erlittener Strafe [1]) fällt nicht unter den Geſichtspunkt der kriminellen Strafe, wenn gleich ſie von den Gerichten zu verfügen iſt; wäre dies aber auch der Fall, ſo würde doch die Maßregel nicht gegen das Völkerrecht verſtoßen. Sie fällt unter denſelben Geſichtspunkt, wie die mit Konfination oder Ausſchließung von beſtimmten Orten des Inlands verbundene, gegen den Inländer nach erlittener Strafe angeordnete Stellung unter beſondere polizeiliche Aufſicht [2]). Beide Maßregeln haben ihren Grund in der Sicherheitspolizei; da ſie aber ſehr weſentliche Beſchränkungen der Freiheit enthalten [3]), ſo können ſie nicht den Beamten der Sicherheitspolizei im e. S. überlaſſen werden, da dieſe lediglich die Verhütung von Verbrechen, ſoweit ſie ohne Rechts- und Freiheitsbeſchränkung für die Einzelnen möglich iſt, zur Aufgabe hat, und die Uebertragung einer dieſe Grenze überſchreitenden diskretionären Gewalt an ſie vermöge des ihr Verfahren leitenden Prinzips der Zweckmäßigkeit die ganze bürgerliche Freiheit in Frage ſtellen würde [4]). Dieſelben ſind daher näher polizeiſtrafrechtlicher Natur und müſſen deshalb genau vom Geſetz begrenzt und Behörden zur Vollziehung überlaſſen werden, deren leitendes Prinzip eben nur die ſtrenge Vollziehung feſt abgegrenzter Rechtsnormen iſt, d. h. den Gerichten. Daß ſie nun aber nicht den Polizeigerichten (§. 18. Anm. 2), ſondern den gewöhnlichen Strafgerichten übertragen werden, rechtfertigt ſich durch den engen Kauſalnexus der fraglichen Maßregeln mit dem begangenen Verbrechen, nach deſſen Abbüßung ſie eben eintreten ſollen. Gegen die Ausweiſung des Ausländers hat man nun in der Regel nichts zu erinnern [5]). Um ſo mehr aber [6]) gegen die bald mit Konfination, bald mit Inter-

---

ſchrod III. §. 45 ff. Henke I. 455. 456. Biedermann im A. Arch. III, 2. S. 73 ff. Livingston report p. 20 sq. Hélie I. 154 sq. A. M. Rossi III. c. 9.

1) Bair. GB. Art. 36. Wirt. Art. 45. Haun. Art. 30. Braunſchw. §. 23. Bad. §. 18. Thüring. Art. 20. Preuß. §. 29. Oeſtr. §. 19. 25. 249. Bair. Entw. Art. 34. Ueber Sachſen ſ. Weiß S. 60. Ueber Heſſen Breidenbach I. 1. S. 473. 474.

2) Beide werden daher auch in den Geſetzen meiſt — ausdrücklich oder ſtillſchweigend — in Verbindung mit einander gebracht.

3) Die Ausweiſung des Ausländers in ſofern, als ſeine Rückkehr ohne Erlaubniß als Verbrechen betrachtet wird. Daher fällt eine ſolche Ausweiſung, die dieſe Folge nicht hat, ſo wenig hierher, als eine aus andern Gründen, d. h. nicht infolge eines begangenen Delikts verfügte reinpolizeiliche Ausweiſung eines Ausländers. ſ. z. B. Hann. GB. Art. 24. Gleichwohl iſt es unrichtig, wenn Leonhardt S. 146 die im Art. 30 angeordnete Landesverweiſung als kriminelle Strafe bezeichnet. ſ. dag. auch Schlüter S. 30. n. 36. Was Wächter Strafarten S. 25. 28. Not. 4 üb. die Ausweiſung ſagt, bezieht ſich eben nicht auf die hier gemeinte Ausweiſung im Sinne der neuern Geſetzgebung. ſ. beſ. Braunſchw. Mot. b. Breym. S. 181. Beſeler S. 134 ff. Goldtammer I. 220. Hiedurch erledigen ſich die unklaren Bedenken von Mittermaier ſ. u.

4) Jarcke I. 287. Wächter Strafarten S. 26—30. Henke üb. d. gegenw. Zuſtand d. Krim.R. S. 104 ff. vgl. aber denſ. Hdb. I. 456. 457, wo von der Konfination gerade in einer doppelt verwerflichen Weiſe sc. als polizeilicher Maßregel gegen einen bloß Verdächtigen die Rede iſt. ſ. auch die bei Wächter Lb. I. S. 209. 210. Angeff. und Hefftter §. 142—144 (ſ. aber §. 143. n. 6).

5) ſ. indeſſen d. bair. Ausſch.ber. z. Art. 31 (1851).

6) Bonneville traité des div. instr. complém. du rég. pénit. 1847.

diktion einzelner Orte oder Bezirke verbundene Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht [1]). Die Gründe sind jedoch sehr schwach. Die Maßregel wird ein moralisches Brandmal genannt, das die Besserung hindere und den erbitterten, in seinem Erwerb verkümmerten Verbrecher zu neuen Verbrechen treibe. Die Besserung scheint auch hier wieder nur ökonomisch aufgefaßt zu sein; die Voraussetzung selbst aber, daß die Maßregel dem ehrlichen Erwerb des entlassenen Sträflings schaden müsse, ist geradezu verkehrt, da offenbar das Gegentheil stattfinden muß. Das moralische Brandmal ist eine Phrase, die bei einer Einrichtung, wie sie in Frankreich seit 1832 besteht [2]) oder wie sie das preuß. GB. enthält, keinen Sinn hat. Das Beste ist aber noch, daß dieselben, welche die fragliche Maßregel mit so vieler Entrüstung abweisen, statt derselben — Einsperrung in Zwangsarbeitshäuser vorschlagen, ein Institut älterer Partikularrechte, über welches man längst den Stab gebrochen glaubte [3]). Allerdings ist die Maßregel nicht mit unnöthigen Vexationen auszustatten, namentlich nicht auf zu lange oder gar unbestimmte Zeit [4]) anzuordnen. Auch scheint es keineswegs nöthig, in allen Fällen eine Konfination damit zu verbinden [5]). Wo dagegen nicht wegen der Hauptstrafe ohnedies schon die Folge eintritt, ist es ganz am Platze, Suspension der Wahlrechte darein zu legen [6]). Die überall damit verbundene Folge ist die Befreiung der Haussuchung von ihren gewöhnlichen Beschränkungen. — Eine nicht zu empfehlende, für Deutschland indessen seit der Versteigerung der Marine ohnedies unpraktische [7]) Freiheitsstrafe ist endlich die Deportation [8]).

---

p. 327 sq. Chatagnier du renvoi sous la surveillance. 1849. Mittermaier empfahl das Institut N. Arch. X. 124. 125, erklärte sich später nur gegen seine zu große Ausdehnung eb. XII. 196. 197, noch später wollte er es nur auf die ungebesserten Sträflinge angewandt wissen, eb. 1847. S. 455 ff., jetzt verwirft er es ganz, eb. 1851 S. 593 ff. s. auch den bair. Ausch.ber. z. Art. 29. 30, der aber doch eventuell sich einläßt, und die preuß. Bestimmungen empfiehlt.

1) Interdiktion gewisser Orte und Provinzen ohne Stellung unter poliz. Aufsicht ist natürlich ganz vom Uebel (vollends als Hauptstrafe). Mittermaier im N. Arch. X. 121 ff. s. indessen Oestr. GB. (1852) §. 249.

2) Gegen die franz. Gesetzgebung ist Mittermaier durchaus ungerecht und namentlich in Beziehung auf das Ges. vom Jahr 1832 höchst ungenau. Sein Eifern trifft höchstens Mißbräuche, die im Jahr 1812 vorkamen. s. die besonnene Darstellung bei Hélie I. 211 sq., wo freilich über den rechtlichen Charakter der Maßregel auch Unklarheit herrscht. — Die, auch vom bad. GB. aufgenommene Befreiung gegen Kaution ist nicht zu empfehlen, da sie zum Privilegium des Vermöglichen wird.

3) Stelzer im N. Arch. V. 138 ff. Henke üb. d. gegenw. Zust. d. Krim. R.W. S. 109—116. Wächter Strafarten S. 50—52. s. freilich noch Heffter §. 144. n. 4.

4) Auch die zu vage Bestimmung der Fälle ist zu verwerfen, wie im wirt. GB. Art. 42. s. dag. meine Bem. b. Hufn. III. 54. Zehn Jahre (Preußen, vgl. Hye S. 422) sind zu viel.

5) so in Baiern Art. 36. Wirt. Art. 42—44. Braunschw. §. 22. Hessen Art. 35. 36. Baden §. 25 ff. Thüring. GB. Art. 19. s. dag. Preuß. GB. §. 26—28. Belg. Entw. 1850. Wegen Oestr. (1852) §. 26 a. E. s. Hye S. 422. Zachariä N. Arch. 1853. S. 410. 411. Breidenbach I. 1. S. 466. n. 2 stellt mit Unrecht das hess. GB. in eigentlichen Gegensatz gegen die übrigen (er spricht überhaupt unklar über das Institut). Die der Polizei überlassene Vollmacht ist nicht hoch anzuschlagen.

6) Wirt. Art. 44.

7) s. zwar Henke I. 457. Roßhirt Entw. S. 467.

8) Es kann daher hinsichtlich der Literatur hier auf Mittermaier n. 2 z. F. §. 149 verwiesen werden.

4) Vom poſitiven gemeinen Recht können hier nur allgemeine Umriſſe gegeben werden, die zur Erkenntniß der Grundlagen des heutigen Zuſtandes unumgänglich nothwendig ſind. Alles Nähere iſt der geſchichtlichen Darſtellung zu überweiſen.

A. Das römiſche Strafenſyſtem hat nur in einzelnen Punkten auf das deutſche Recht eingewirkt [1]). Wie es im neuſten Rechte vorliegt, läßt es, wie das Kaiſerrecht überall, noch die Grundzüge aus der beſſeren Zeit [2]) durchſchimmern, wiewohl entſtellt, dem veränderten Bewußtſein faſt fremd geworden und mit Auswüchſen überladen [3]). Abgeſehen nämlich von den Privatſtrafen, gliedert es ſich im Ganzen immer noch nach ſeiner Beziehung auf die existimatio [4]), macht aber in der Regel einen Unterſchied zwiſchen den gemeinen Leuten, resp. den Sklaven, und den höheren Ständen, deren Vorrechte auch Dekurionen und Veteranen hatten [5]).

I. Kapitalſtrafen (mit consumtio existimationis),

1) Mit Entziehung der Freiheit und der Civität,

a) Todesſtrafe (Enthauptung durch das Schwerdt, früher das Beil, — Verbrennen — furca, früher Kreuzigung, — Säcken — bestiis objici [6]), — b) ludus venatorius und gladiatorius [7]), — c) damnatio in metallum, aa) im e. S. d. h. in die Gruben, auf Zeit (10 Jahre) oder auf immer, bb) lebenslängliches opus metalli, cc) lebenslängliches ministerium metallicorum [8]). — Mit der Verurtheilung zu dieſen Strafen trat servitus poenae ein [9]); dieſe

---

1) Der Grund liegt nicht allein in der verſchiedenen Sitte, Nationalität ꝛc. ꝛc., oder in der direkten Unanwendbarkeit mancher römiſchen Strafen, ſondern hauptſächlich darin, daß zur Zeit der Rezeption der ſoziale und politiſche Zuſtand in Deutſchland zwar für die terroriſtiſchen Auswüchſe des römiſchen Syſtems, dagegen nicht für den durch alle barbariſche Entſtellung immer noch durchſcheinenden edlen republikaniſchen Grundtypus deſſelben empfänglich war.

2) Das ältere Syſtem iſt übrigens theilweiſe noch ſehr dunkel. Heffter §. 120.

3) J. Gothofr. Parat. ad C. Th. IX. 40. P. Fabri Semestr. L. II. R. Hommel in Martin Coll. Diss. I. p. 18 sq. Roßhirt Lb. §. 63 ff. Walter Röm. RG. S. 841 ff. Heffter §. 120—123. Rein S. 913 ff. Mittermaier n. 2 z. F. §. 143 (dürftig).

4) Die bloß quantitative Eintheilung von Paulus R. S. V, 17. §. 3 hatte freilich für ſeine Zeit ihr gutes Recht. — vgl. dag. l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 103 D. de V. S. (50. 16). vgl. v. Savigny Syſt. II. 213. l. 2 pr. l. 28 pr. §. 1 D. de poen. (48. 19). §. 2 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 5 §. 1—4 D. de extraord. cogn. (50. 13).

5) L. 9 §. 11—15. l. 10 pr. l. 15. l. 16 §. 3. l. 28 §. 2. 5. 16. l. 38 §. 3. 5. 7—9 D. de poen. (48. 19). l. 1. 3 D. de veteran. (49. 18). l. 5 C. de poen. (9. 47).

6) L. 8 §. 1—3. l. 9 §. 11. l. 25 §. 1. l. 28 pr. §. 11. 12. 15. l. 38 §. 1. 2 D. de poen. (48. 19). l. 12 C. eod. (9. 47). l. 3 §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

7) L. 8 §. 11. 12 D. de poen. (48. 19). vgl. l. 1 C. de gladiat. (11. 43). l. 1 C. Th. eod. (15. 12).

8) L. 8 §. 4—6. 8. 12. l. 22. 23. 28 pr. §. 5, 6. l. 36 D. de poen. (48. 19). l. 9 C. eod. (9. 47).

9) L. 8 §. 11. 12. l. 12. 17 pr. l. 29. 36 D. de poen. (48. 19). l. 25 §. 3 D. de adqu. v. omitt. hered. (29. 2). l. 8 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 6 §. 6 D. de injust. rupt. (28. 3). §. 3 J. de patr. pot. (1. 12). l. 4 C. de bon. proscr. (9. 49). l. 11 D. de jur. fisc. (49. 14). §. 1 J. de cap. demin. (1. 16). Marezoll bürg. Ehre S. 24 ff.

wurde jedoch durch die Nov. 22. c. 8 aufgehoben, ſo daß es nur bei Entziehung der Civität blieb [1]).

2) Mit Entziehung der Civität,

a) opus publicum perpetuum [2]), — b) deportatio (lebenslänglich, — nur für honestiores) [3]).

Mit allen dieſen Strafen war außer den, auch die Fiktion des Todes enthaltenden, Folgen der magna capitis deminutio [4]), zugleich als ſtillſchweigende Folge Vermögenskonfiskation (ſ. nachher) verbunden [5]).

II. Nichtkapitale Strafen (mit minutio existimationis in verſchiedenen Graden [6]);

1) Leibesſtrafen —: a) verſtümmelnde (von Juſtinian bis auf das Handabhauen aufgehoben) [7]). b) Züchtigung (fustium admonitio, flagellorum castigatio, vinculorum verberatio) [8]), nur für geringere Leute.

2) Freiheitsſtrafen —: a) bloß zeitliche Verurtheilung zum opus metalli, zum ministerium metallicorum oder zum opus publicum [9]), — b) das exilium [10]) in der Form der relegatio an einen gewiſſen Platz oder der interdictio certorum locorum auf Zeit oder lebenslänglich, im letzteren Fall hie und da (jedoch nicht ipso jure) mit Vermögenskonfiskation, wenigſtens theilweiſer, verbunden [11])

---

1) ſ. jedoch Marezoll a. a. O. S. 30 ff. vgl. Wächter Lb. I. §. 100. n. 23. Hefftter §. 122.

2) L. 17 §. 1. l. 28 §. 6. l. 34 pr. D. de poen. (48. 19). l. 1. 3 C. eod. (9. 47).

3) L. 2 §. 1. l. 17 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 2—4 D. de leg. III. (32). l. 5 §. 3 D. de extraord. cogn. (50. 13). l. 13 D. de bon. poss. (37. 1). l. 7 §. 5 D. de bon. damnat. (48. 20). l. 2 C. de bon. proscr. (9. 49). l. 2. 6 D. de interd. et rel. (48. 22). §. 2. 6 J. de cap. demin. (1. 16). §. 1 J. quib. mod. j. patr. pot. (1. 12). Marezoll bürgerl. Ehre S. 36 ff. v. Savigny Syſt. II. 70—73. 162—164.

4) L. 209 D. de R. J. (50. 17). l. 1 §. 8 D. de B. P. c. tab. (37. 4). l. 17 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 5 §. 1. l. 7 §. 5 D. de bon. damn. (48. 20). §. 6 J. de cap. demin. (1. 16). §. 1 J. qu. mod. j. patr. pot. (1. 12). l. 8 C. de poen. (9. 47).

5) L. 1 pr. D. de bon. damn. (48. 20). l. 8 §. 1. 2 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 1 C. de poen. (9. 47).

6) l. 28 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13).

7) L. 1 C. de serv. fugit. (6. 1). Nov. 17. c. 8. Nov. 42. c. 1. Nov. 134. c. 13.

8) L. 6 §. 2. l. 7. 10 pr. l. 28 §. 2—5 D. de poen. (48. 19). l. 3 §. 1 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. ult. D. de inj. (47. 10). l. 12 D. de decurion. (50. 2). Walter R. Arch. IV. 129. n. 56. Hefftter §. 122. n. 19.

9) L. 8 §. 8. l. 28 §. 1. 6 D. de poen. (48. 19). vgl. l. 6 C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

10) Das Wort hat verſchiedene Bedeutungen. l. ult. D. de injur. (47. 10). l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 5 D. de interdict. (48. 22). P. Fabri Sem. II. c. 5. Walter a. a. O. S. 127. Röm. RG. S. 849. n. 94.

11) L. 1. 4. 5. 7. 14 pr. §. 1. l. 15. 17 pr. §. 1—19. l. 18 pr. l. 19 pr. D. de interd. (48. 22). l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 8 §. 3 D. qui test. fac. poss. (28. 1). §. 2 J. quib. mod. j. patr. pot. (1. 12). l. 4 D. de poen. (48. 19). l. 8 C. eod. (9. 47). vgl. l. 13 pr. §. 1 D. de decurion. (50. 2). Otto thes. V. p. 1190 sq. Heyne opusc. IV. p. 268 sq. Spangenberg im R. Arch. XI. 523 ff.

(nur für die höheren Volksklaſſen), — c) vincula publica, carcer, custodia, gegen Freie nicht lebenslänglich [1]), was aber gegen Sklaven erlaubt war.

3) Ehrenſtrafen —: a) zeitliche oder bleibende Ausſtoßung aus dem Senate oder der Kurie [2]), Ausſchließung resp. Suspenſion von allen oder von gewiſſen Ehrenämtern [3]), zeitliche oder immerwährende Interdiktion eines Standes oder Gewerbes [4]), — b) die infamia, d. h. eine auch außer dem Gebiete des Strafrechts (z. B. wegen verächtlichen Gewerbs, wegen unſittlicher Handlungen in Beziehung auf das Geſchlechtsverhältniß, beim Gant ꝛc.), insbeſondere nun aber auch infolge ſtrafrechtlicher Verurtheilungen [5]) eintretende Verminderung der Rechtsfähigkeit in einem beſtimmten, bei den ſonſt hier unter II. 1 — 3. a. aufgeführten Strafen nicht vorkommenden Grade, und zwar in einem doppelten [6]) —: aa) als die Eigenſchaft eines improbus et intestabilis, im neuſten Recht nur noch bei einigen beſtimmten Verbrechen eintretend und Zeugnißunfähigkeit, ſowie Entziehung der aktiven und paſſiven testamentifactio in ſich ſchließend [7]), — bb) als eigentliche infamia, beſtehend in der lebenslänglichen Entziehung der öffentlichen Rechte des Bürgers (honores und suffragium) und in der Beſchränkung des jus postulandi [8]), von welchen Wirkungen jedoch die erſte in der Kaiſerzeit in Beziehung auf suffragium ganz wegfiel und in Beziehung auf honores nicht in ihrer alten Strenge ſich erhielt [9]). Im Strafrecht trat dieſelbe, — mithin als Strafe [10]) — ein bei jeder Verurtheilung wegen

---

1) ausgen. l. 28 §. 14 D. de poen. (48. 19). ſ. überhaupt l. 8 §. 9. 13. l. 33. 35 D. eod. l. 6. 10 C. eod. (9. 47). vgl. l. 3 §. 5 D. de testib. (22. 5). Ueber einfachen Hausarreſt ſ. l. 9 D. de interdict. (48. 22).

2) L. 2. 3 D. de senat. (1. 9). l. 2 §. 1. 2. 5. l. 3 §. 1. l. 5 D. de decurion. (50. 2). l. 15 pr. D. ad municip. (50. 1). l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13). §. 5 J. de cap. dem. (1. 16).

3) l. 7 §. 21. 22 D. de interdict. (48. 22).

4) L. 8 pr. l. 9 pr. §. 1—10 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 13 D. de off. praef. urb. (1. 12). l. 1 C. de his qui in exil. (10. 59). l. 7 §. 20 D. de interd. (48. 22). l. 3 C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

5) nicht auch wegen erlittener Strafen als ſolcher, wie es nach l. 6 C. ex quib. caus. inf. (2. 12) ſcheint; ſ. dag. l. 22 D. de his qui not. (3. 2). A. M. Marezoll bürg. Ehre S. 150 ff. Wächter Lb. I. §. 100. n. 28. ſ. aber Hefftter §. 170. n. 4. §. 173. n. 10 u. die meiſten Neueren.

6) Drei Grade unterſcheidet ohne Grund Birnbaum N. Arch. 1844. S. 167. n. 28.

7) §. 6 J. de testam. ord. (II. 10). l. 5 §. 9. 10 D. de injur. (47. 10). l. 18 §. 1. l. 26 D. qui test. fac. poss. (28. 1). Marezoll a. a. O. S. 85 ff. Hefftter §. 172. Ohne Grund bringt Birnbaum a. a. O. n. 27 damit die in turpitudine notabiles l. 1 §. 5 D. de postul. (3. 1) in Verbindung.

8) v. Savigny Syſt. II. 186—224. vgl. Zimmern Röm. RG. I. §. 127 ff. Burchardi de infamia p. 22 sq. 32—34. 55 sq. Derſ. Rechtsſyſt. d. Römer S. 272. Marezoll a. a. O. S. 205 ff. Wächter Strafarten ꝛc. S. 218 ff. Birnbaum a. a. O. S. 166. n. 26.

9) In dieſer Beziehung geht v. Savigny offenbar zu weit, wogegen ſeine Polemik gegen manche der Infamie zugeſchriebenen Folgen, ſowie gegen die ſog. infamia facti ꝛc. ꝛc. ſehr gerechtfertigt iſt. Ueber die früher eingetretene Beſchränkung der Fähigkeit zur Ehe ſ. S. 219—221. 516 ff.

10) A. M. v. Savigny S. 195. ſ. dag. Walter N. Arch. IV. 130. Röm. RG. S. 850. Birnbaum S. 162. ſ. beſ. l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13).

eines Kapitalverbrechens und ſpäter wegen jeder Verurtheilung in einem judicium publicum [1]), bei der Verurtheilung in eigenem Namen [2]) wegen einiger Privatdelikte (Diebſtahl, Raub, Injurie, Betrug), welcher Verurtheilung der Vergleich um Geld gleichgeſtellt war, bei der Verurtheilung wegen eines crimen extraordinarium, das in die Sphäre der eben genannten Privatdelikte gehörte [3]), bei der Verurtheilung wegen Wuchers und bei der Verurtheilung wegen dolus (resp. einer an Unredlichkeit ſtreifenden contumacia) in einigen civilrechtlichen Obligationsverhältniſſen [4]). Der Verurtheilung waren außerdem noch einige Fälle gleichgeſtellt, in welchen ein Kriminalurtheil gleichſam fingirt wurde (z. B. bei der missio ignominiosa [5]), bei der mulier in adulterio deprehensa, bei der Nichthaltung eines beſchworenen Vergleichs, bei einer Delation an den Fiskus, die von ihrem Urheber nicht erwieſen werden konnte [6]), bei der Bigamie [7]). Singulär erſcheint die Infamie der Kinder der Hochverräther [8]) und die damnatio memoriae beim crimen majestatis [9]).

III. Strafen ohne minutio existimationis.

1) Admonitiones und comminationes [10]), — 2) poenae pecuniariae; — a) an den Fiskus zu erlegende Geldſtrafen [11]), — b) Konfiskationen —: aa) Verluſt einzelner Sachen oder Rechte [12]), — bb) Publicatio bonorum —: α) certae partis bonorum [13]), — β) omnium bonorum, theils ausdrücklich für ein beſtimmtes Verbrechen (auch neben einer Nichtkapitalſtrafe) angeordnet [14]), theils als ſtillſchweigende Folge bei allen Kapitalſtrafen (ſ. o.), doch jedenfalls in letzterem Fall [15]) ſchon frühe (mit Ausnahme des Majeſt.Verbr.) ſo, daß den

---

1) A. M. Birnbaum S. 171. n. 39.

2) Unpraktiſch, da durch Aufſtellung eines Prokurators die Folge abgewendet werden konnte.

3) In dieſem Fall konnte kein Prokurator aufgeſtellt werden. vgl. Marezoll a. a. O. S. 134—136. 167. Wächter Lb. II. S. 234—236.

4) Donell. XVIII. 8. §. 8—13. v. Savigny Syſt. II. 176—179. vgl. Marezoll S. 148 ff. Wächter Lb. II. 396—399.

5) Dieſe iſt von Heffter §. 170. n. 5 unter einen falſchen Geſichtspunkt geſtellt.

6) v. Savigny II. 174.

7) Dieſe Fälle werden gewöhnlich unter die ſog. infamia immediata geſtellt. ſ. z. B. Heffter §. 173. n. 1. Wenn dieſer auch den Fall gewiſſer Amtswidrigkeiten der Richter dahin zählt, ſo iſt dies unrichtig. ſ. Wächter Strafarten S. 234.

8) v. Savigny II. 185. not. mm.

9) Brandmarkung ins Geſicht wurde durch Conſtantin abgeſchafft. l. 17 C. de poen. (9. 47). Sie kam nur bei der damn. ad ludum ob. ad metallum vor.

10) l. 3 §. 1 D. de off. praef. vig. (1. 15).

11) l. un. §. 1. 4 D. de l. Jul. amb. (48. 14). l. 3 pr. D. de term. mot. (47. 21). l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). §. 2 J. eod. (IV. 18). Ueber den Unterſchied von mulctae ſ. l. 131 §. 1. l. 244 D. de V. S. (50. 16). vgl. Tit. C. de modo mulct. (1. 54). l. 1 §. 3 D. de poen. (48. 19).

12) L. 11 §. 2 D. de publican. (39. 4). l. 12 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 9 D. de j. fisci (49. 14).

13) §. 4 J. de publ. jud. (IV. 1). l. 1 pr. D. ad l. Jul. de vi priv. (48. 7). Nov. 134. c. 10. l. 4. 7 §. 4 D. de interd. (48. 22).

14) l. 7 §. 5. l. 8 §. 3 D. de bon. proscr. (48. 20).

15) Es iſt wenigſtens nicht außer Zweifel, ob die Milderungen ſich auch auf die ausdrücklichen Konfiskationen bezogen. vgl. Matth. 48, 18. c. 2. n. 3. A. Faber de error. pragm. dec. 73. err. 4.

Kindern ein Theil (die Hälfte) des Vermögens gelaſſen wurde [1]), worauf endlich Juſtinian beim Vorhandenſein von Descendenten oder Ascendenten bis zum dritten Grade (wieder mit Ausnahme des crim. maj.) das Recht des Fiskus ganz aufhob (auch ſollte die Frau die dos ꝛc. erhalten). Singulär iſt die hie und da vorkommende Vermögenskonfiskation zu Gunſten eines betheiligten Privaten [2]), ſowie die Einziehung der dos in 5 Fällen [3]).

B) Noch weniger allgemeine praktiſche Bedeutung hat das Strafenſyſtem des kanoniſchen Rechts [4]). Es unterſcheidet 1) poenae medicinales oder Cenſuren (Exkommunikation, Interdikt, Suspenſion der Geiſtlichen), — und poenae vindicativae oder eigentliche Strafen (Geldbuße [5]), Gefängniß [6]), körperliche Züchtigung [7]), Entziehung des kirchlichen Begräbniſſes [8]), Verweiſung [9]), — und bei Geiſtlichen Depoſition, Degradation und unter Umſtänden Suspenſion. 2) Gemeine Strafen für Kleriker und Laien (Bußen und Pönitenzen, Entziehung des Begräbniſſes, Geldbußen, Gefängniß, Züchtigung, Verweiſung, kleinere und größere Exkommunikation, Interdikt), und beſondere Strafen für die Kleriker (Suspenſion, Exil, Einſperrung, Depoſition, Degradation). 3) Censurae ferendae und latae sententiae. — Was die Strafen der Geiſtlichen betrifft, ſo ſ. das Kirchenrecht. Gegenüber von Laien wendet die katholiſche Kirche zwar noch in unſern Tagen die Exkommunikation und die Entziehung des Begräbniſſes an; aber der moderne Staat wird wohl thun, ſich zu erinnern, daß das Mittelalter vorüber iſt (ſ. ob. §. 26).

C. Deutſches Recht. — Was Tacitus als öffentliche Strafe erwähnt, iſt nicht in dieſem Sinne aufzufaſſen [10]). Wie dem aber ſei, d. h. ob nun die in den

---

1) l. 1 §. 1—3. l. 7 pr. §. 2—4 D. de bon. damn. (48. 20). l. 10 C. de bon. proscr. (9. 49). Nov. 17. c. 12 (vgl. Hugo RG. 11. A. S. 1140. n. 1). Nov. 134. c. 13. vgl. Tit. C. Th. de bon. proscr. (9. 42) u. J. Gothofr. ad h. t. Bruckner de confisc. bon. 1755. Marezoll bürg. Ehre S. 39 ff. 56 ff.

2) ſ. z. B. l. un. C. de rapt. virg. (9. 13).

3) l. 3 D. de bon. damn. (48. 20). vgl. l. 4. 5 ib. — Ueber den Zeitpunkt des Eintritts der Vermögenskonfiskation u. die ganze Geſtaltung des Rechtsverhältniſſes des Fiskus dabei ſ. Marezoll a. a. O. S. 63 ff. Martin §. 94. Wächter Lb. I. S. 183. 184. — Ueber die poenae propriae der Soldaten ſ. Walter Röm. RG. S. 852. 853.

4) J. H. Böhmer Jus eccl. Prot. V, 5. tit. 37—39. Walter Kirch.R. §. 197 ff. Richter Kirch.R. §. 198—204.

5) c. 2. 3 X. de poen. (5. 37). vgl. Morinus de sacram. poenit. X. c. 16 sq. Conc. Trid. Sess. 25. de ref. c. 3.

6) Dist. 50. c. 7. Dist. 82. c. 5. Csa. 21. qu. 2. c. 2. c. 6 X. de poen. (5. 37).

7) Dist. 45. c. 7. 8. Csa. 23. qu. 5. c. 1. Csa. XI. qu. 1. c. 6. c. 2 X. de adult. (5. 16). c. 1 X. de calumn. (5. 2). c. 4 X. de rapt. (5. 17).

8) c. 12 X. de sepult. (3. 28).

9) Conc. Aurel. IV, c. 29. c. 1 X. de calumn. (5. 2). Auch erkannte das Kan. Recht nicht nur die röm. Infamie (ſ. z. B. Csa. 6, qu. 1, c. 2. 17. — c. 54 X. de testib. (2. 20), ſondern auch die Strafe der Brandmarkung an. c. 3 X. de crim. falsi (5. 20).

10) ſ. meinen Art. in d. Zeitſchr. f. Deutſch. R. XIV. 367 ff. vgl. auch Wilda S. 196. 197. 267. 268. 280. Von den Volksrechten iſt es nur das ſächſiſche, welches in ſeinem Syſteme wahrer und ſtrenger öffentlicher Strafen offenbar ein älteres Herkommen bewahrt. Da aber daſſelbe hierin iſolirt ſteht (im Vergleich mit andern

Volksrechten vorkommenden wirklichen öffentlichen Strafen in dieser Bedeutung als ursprünglich, oder nur als Reste ursprünglicher Formen der Racheübung Seitens der Gemeinde [1]) zu betrachten seien, — so ist soviel gewiß, daß es in der fränkischen, durch die Herrschaft des Bußsystems sich charakterisirenden Zeit an wirklichen öffentlichen Strafen, bei den verschiedenen Stämmen freilich in verschiedenem Umfang, nicht fehlte und daß diese im Laufe der Zeit dem Bußrecht nach und nach den Boden abgruben. Daraus aber, daß dies damals und im MA. in weitüberwiegendem Maße nur bei den geringeren Volksklassen geschah [2]), erklärt sich großentheils die so oft empörende Barbarei des vielfach aus dem Züchtigungsrecht gegen Unfreie [3]) erwachsenen deutschen Strafrechts [4]). Die Volksrechte und die Kapitularien enthalten

I. Todesstrafe [5]), meist in ganz unbestimmter Art angedroht (moriatur, occidatur ꝛc.). Als einzelne Arten kommen vor: Enthauptung (selten erwähnt), Hängen [6]) (besonders als Diebstahlsstrafe), Rädern (Radbrechen, auf's Rad legen), Verbrennen, Steinigen, Lebendigbegraben (im Sumpf ersticken, Pfählen), Ertränken (beide letzteren Strafarten besonders für Weiber); nicht in den Rechtsquellen, sondern in andern mit Vorsicht aufzunehmenden Berichten ist die Rede von Viertheilen, Schleifen durch Pferde, Sieden ꝛc. Todesstrafen sind hie und da durch Leibesstrafen geschärft [7]).

II. Leibesstrafen —: 1) Verstümmelnde (Abhauen von Füßen, Händen, von beiden zusammen, einzelnen Fingern, Ausreißen der Augen, Abschneidung der Nase, der Ohren oder von Nase und Ohren, Entmannung [8]), Ausschneiden der Zunge, Ausbrechen der Zähne, Abziehen der Haut mit den Haaren (vorzugsweise infamirend), Messerdurchstich) [9]). 2) Geißelung und Stäupung (ursprünglich knechtische Strafe).

---

reingermanischen Rechten), so ist es gewiß — namentlich im Hinblick auf das angelsächsische Recht — richtig, wenn Wilda dies als eine Eigenthümlichkeit ansieht und daraus erklärt, daß das sächsische Gemeinwesen ein durch Waffengewalt gegründetes gewesen sei. S. 99—102.

1) s. bes. Cap. Sax. 797. c. 8. (P. I. p. 76).

2) vgl. Wilda S. 487. 508. 513.

3) Wilda S. 510. 512 u. sonst.

4) s. überhaupt Grimm R.Alterth. S. 680 ff. Dreyer Antiqu. Anm. üb. einige in dem mittl. Zeitalter in Deutschland ꝛc. üblich gewesenen Strafen. Wilda S. 495 ff.

5) In der Häufigkeit der Androhung unterscheiden sich die Volksrechte sehr von einander, theilweise auch die karolingischen und die merovingischen Gesetze. vgl. z. B. die l. Sax. mit der l. Fris., mit der l. Baj. II, 1. §. 3. 4 ꝛc. die decretio Childeb. 596. c. 5. 7. mit dem Cap. Franc. 779. c. 23., dem Cap. Saxon. ꝛc. ꝛc. Dagegen ist wohl auf solche Stellen, wie l. Baj. I, 7. §. 3. Aethelr. Ges. IV. c. 11 kein Gewicht zu legen.

6) s. auch Dreyer Nebenstunden S. 184 ff. Cropp in d. krim. Beitr. II. S. 319 ff. Mit Unrecht behauptet Zöpfl RG. II, 1. §. 128, das Hängen sei die deutsche Nationalstrafe gewesen.

7) s. z. B. L. Fris. add. III. t. 12.

8) Ursprünglich nur für Knechte, wenigstens bei den Franken und Angelsachsen. Wilda S. 510.

9) Die materielle Talion kennt nur die l. Wisig. VI, 4, 3. vgl. Aelfreds Ges. 19. Cap. 835. c. 2. (P. I. p. 370). Um so häufiger findet sich dagegen der Gedanke der sog. analogen Talion ausgedrückt.

III. Freiheitsstrafen: 1) Strafhörigkeit, theils als bloße Schuldgebundenheit, theils als wahre Knechtschaft für solche, welche die Buße nicht aufbringen können, aber außerdem auch als selbständige in öffentlicher Knechtschaft bestehende Strafe, — 2) Verbannung, als arbiträr vom König zu bestimmende Surrogatstrafe, — 3) zeitliche oder lebenslängliche Gefängnißstrafe [1]).

IV. Ehrenstrafen [2]). Eine gänzliche Vernichtung der Persönlichkeit und damit aller bürgerlichen Rechte lag in der Friedlosigkeit, die aber weder in ihrer älteren (in den deutschen Rechtsquellen verschwundenen) [3]), noch in ihrer neueren Form als prozessualisches Institut unter die Strafen im eigentlichen Sinne gehört [4]). Die Rechtlosigkeit, d. h. die an die Verurtheilung wegen Verbrechen gebundene Verminderung der Rechtsfähigkeit, wie sie in den Rechtsquellen des MAs erscheint, ist in denen der fränkischen Zeit noch nicht ausgebildet [5]). Man ersieht übrigens aus einem Kapitular, daß sie mit Kapitalverbrechen verbunden war und Unfähigkeit zum Zeugniß, zur Urtheilsfindung und zum Eid bewirkte [6]). Verurtheilung wegen Meineids oder falschen Zeugnisses machte insbesondere zum Zeugniß und Unschuldseid unfähig [7]). — Von symbolischen (beschimpfenden, beschämenden) Ehrenstrafen kommt außer der unter II. genannten Strafe der Hautabziehung, dem Brandmarken (longob. u. angels. Recht) und dem Abscheeren der Haare bei der Geißlung [8]) in den kontinentalen Rechtsquellen [9]) fast nichts vor [10]).

V. Vermögensstrafen (abgesehen von Buße, Wergeld und Friedensgeld s. die Gesch.). Die Rechtsquellen der fränkischen Zeit kennen sowohl theilweise [11]) als gänzliche [12]) Vermögenskonfiskation, d. h. ausdrückliche. Als Selbstfolge von Kapitalstrafen wird sie nur bei den salischen Franken erwähnt [13]), aber bald nachher aufgehoben [14]).

Im Mittelalter trat der Kampf des unter den fränkischen Herrschern ange-

---

1) s. die Stellen b. Wilda S. 516. n. 2. 3. S. 517. n. 2. S. 518. n. 2—4. Zöpfl RG. II, 1. §. 129 kennt nur Lebens- und Leibesstrafen in dieser Periode.

2) Budde über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. 1842. Hillebrand üb. d. gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerl. Ehre. 1844. Zöpfl RG. II, 1. §. 132.

3) Wilda S. 278 ff.

4) Gerber Deutsch. Priv.R. §. 39. n. 3.

5) Ueber das norweg. Recht s. Wilda S. 304. n. 2.

6) Cap. Aquisgr. 809. c. 1. (P. I. p. 155). vgl. L. Wisig. II, 4, 1.

7) s. Stellen bei Wilda S. 523. n. 1.

8) Cap. 805 in Theod. villa II. c. 10. (P. I. p. 183). Cap. 817. c. 16. (P. I. 212).

9) Ueber Werfen mit Steinen und Koth, Bestreichen mit Theer und in Federn Wälzen nach nordischen Rechten s. Wilda S. 505.

10) s. übr. L. Burg. add. I, 10 und die reiche Sammlung bei Grimm S. 711 ff. und Dreyer S. 115 ff.

11) L. Alam. 38, 3.

12) L. Alam. 25. 39. 40. L. Baj. II, 1. §. 1. 3. L. Rip. 69, 1. 2. L. Liutpr. 32—35. L. Burg. add. I. c. 15. §. 3.

13) Cap. Aquisgr. 809. c. 1. (P. I. p. 155). s. dag. L. Rip. 79.

14) Cap. Aquisgr. leg. add. 817. c. 1. 7. (P. I. p. 211). Irrig ist es, wenn Wilda S. 292 dies mit der Acht L. Sal. em. 49 in Verbindung bringt, die (s. o.) gar nicht hierher gehört (s. auch S. 521. 522).

bahnten öffentlichen Strafrechts gegen das alte Rache- und Bußrecht in eine neue Phaſe. Letzteres trat von Neuem mit Macht hervor, und in der erſten Verwirrung ſogar allgemein [1]), und erſteres konnte nur nach langen, tiefgreifenden, alle geſellſchaftlichen und ſtaatlichen Verhältniſſe umwälzenden Erſchütterungen zu einer noch am Ende des MAs keineswegs durchaus anerkannten Herrſchaft gelangen [2]). Die Hauptſchwierigkeit lag dabei in der gänzlichen Zerſplitterung des Rechts nicht nur der Lokalität, ſondern auch den verſchiedenen geſellſchaftlichen Klaſſen nach, welche Verſchiedenheit je nach den Ständen, Fürſten, Rittern, Städtebürgern, Bauern, je nach dem Miſchungsverhältniß der freien und unfreien Bevölkerung unter einem Gerichtsbann, je nach dem höheren oder geringeren Grade der Entwicklung der aufſteigenden Landeshoheit ꝛc., die größte Verſchiedenheit in Beziehung auf die Entwicklung der ſtrafrechtlichen Energie bedingte. Daher iſt das Syſtem der öffentlichen Strafen im MA. theilweiſe noch immer, wie im fränkiſchen Reich, ein bloß ſubſidiäres (für die bevorzugten Klaſſen), während es für die niederen Stände mehr und mehr das regelmäßige wurde [3]); in keinem Falle laſſen ſich allgemeine Regeln aufſtellen [4]), ſondern höchſtens einige Grundzüge angeben, welche die auf's Bunteſte ausſchweifenden Geſtaltungen zuſammenhalten [5]). Hievon erſcheint als das Wichtigſte Folgendes. Am Ende der Periode iſt das alte Racherecht völlig und das im Laufe derſelben entſtandene Fauſtrecht nahezu verſchwunden und unter den Auſpizien der endlich konſolidirten Landeshoheit das Prinzip des öffentlichen Strafrechts wenigſtens im Ganzen anerkannt. Wenn nun gleich Reſte des alten Herkommens ſich noch über das Ende der Periode hinaus erhielten, ſo wurde doch im Laufe derſelben dem Kompoſitionsrechte ſeine rechtliche Wurzel abgegraben. Es wurde von der Regel zur Ausnahme, nicht nur auf faktiſche Weiſe (was früher ebenſo der Fall geweſen war) bei geringeren Leuten, weil ſie inſolvent waren [6]), ſondern rechtlich und in allgemeiner Weiſe. Während nämlich früher die Sühnbarkeit der Rechtsverletzung als die Regel gegolten, und bei der Sühne das Friedensgeld eine der Buße analoge Natur gehabt hatte, ſo wurde im Verlaufe des MAs nach und nach der umgekehrte Satz herrſchend, daß mindeſtens die ſchwereren Verbrechen als un-

---

1) ſ. z. B. Donandt Geſch. d. Brem. Stadtr. II. 60—66. Blumer St. u. RG. d. ſchweiz. Demokr. I. 156. 395 ff. 421—429. Bluntſchli St. u. RG. von Zürich I. 240. 410. 411. v. Arx Geſch. von St. Gallen II. 610—614. Warnkönig flandr. RG. I. 160. 161. 181 ff.

2) ſ. die geſch. Darſt. und vgl. vorläufig meinen Art. in d. Zeitſchr. f. deutſch. R. XII. S. 33 ff.

3) Selbſt dies läßt ſich nur im Allgemeinen ſagen, da beide Sätze je nach Umſtänden die merkwürdigſten Ausnahmen erleiden.

4) ſ. z. B. Zöpfl RG. II, 1. §. 130. Eichhorn §. 379. 380. 459 legt auf ſeine Angaben ſelbſt kein Gewicht. Richtig Roßhirt Geſch. u. Syſt. I. 60 ff. 153 ff. Namentlich geben die Rechtsbücher nur Abſtraktionen, denen die wirklichen Zuſtände großentheils nicht entſprachen.

5) Gewiſſe Punkte, wie der Galgen für den Dieb, das Rad für den Mörder, ſind ohne Zweifel ganz allgemein. Ebenſo ſcheint es mit der Unterſcheidung des großen und kleinen Diebſtahls, des Mords und Todtſchlags in der Strafbarkeit; allein hier finden ſich ſchon Abweichungen; ſ. die Nachrichten über Kiel b. Carſtens und Falck ſtaatsb. Mag. IV, 1. S. 205 ff. P.G.O. Art. 137 u. ſ. f.

6) Bamb. Stadtr. §. 171. Wormſ. Ref. VI, 2. Tit. 17.

sühnbar zu betrachten seien, mithin eine hier stattfindende Lösung als Ausnahme, als eine von der misericordia domini ausgehende Gnade betrachtet werden müsse [1]). Wenn dann aber gleich hiebei die Konvenienz erforderte, diese Gnade nur unter der Bedingung zu gewähren, daß zugleich auch der Gegner gütlich abgefunden werde, so war doch diese Abfindung jetzt die Nebensache und die an das Gericht zu entrichtende Geldsumme nahm den Charakter einer subsidiär eintretenden wahren Geldstrafe an [2]). Daher trat auch bei denjenigen Vergehen, welche noch immer (wenn auch an Zahl mehr und mehr abnehmend) als zunächst Wette und Buße nach sich ziehend betrachtet wurden, die erstere in den Vordergrund, und es war nun ganz folgerichtig, der Geldstrafe im Falle der Insolvenz andere öffentliche Strafen zu substituiren [3]). Besonders wichtig aber war der Grundsatz, daß alle Delikte, deren Strafe an Hals und Hand, Haut oder Haar gehe, immer, d. h. auch dann rechtlos machen, wenn die Strafe gelöst werde [4]). Denn hiemit war der kriminelle Charakter jeder bloß subsidiären Geldbuße ausgesprochen und das Gebiet des eigentlichen Strafrechts gegenüber der fränkischen Zeit unendlich erweitert. Die Vermittlung dieses Resultats gieng nun aber je nach den ob. bezeichneten Bedingungen auf die verschiedenste Weise, rascher oder langsamer, vollständiger oder unvollständiger vor sich [5]) (am entschiedensten in den Städten) [6]).

---

1) Dies ist die Auffassung der Rechtsbücher. Sächs. LR. II. 13. j. I. 38 §. 1. 65. §. 2. III. 50. Wenn Warnkönig flandr. RG. III. 163. 171. 229 das Kompositionssystem als das im 13. Jahrh. in Flandern noch herrschende angiebt, so widerspricht er seiner eigenen Darstellung. Auch Zöpfl schlägt die Bedeutung der Leibesstrafen selbst im bamb. Rechte, und vollends im deutschen Recht überhaupt zu gering an. s. dann aber jedenfalls die Tirol. Malef.O. (Zöpfl S. 163. 164), die Wormſ. Ref. u. a. Gesetze aus dem Ende der Periode.

2) s. Warnkönig flandr. RG. III. 162. 230. 240—245. Anh. S. 61 ff. Bamb. Stadtr. §. 160. 161. 177. 178. Stellen bei Blumer I. 412 ff. vgl. S. 159. Zöpfl Bamb. R. S. 17. nr. 54. Bluntschli RG. v. Zürich I. 240—242. 365. 407. II. 49—53. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. 299. 300. Stadtr. v. Kolmar 1293. art. 18—20. 26 (Gaupp I. 118—120). Kur-braunschw.-lüneb. LOen. II. 663. Freiburg. Stift.brief 1120. art. 31 (Gaupp II. 24). Berner Handfeste 1218. art. 39 (eb. 52). Handf. v. Freib. im Uechtland 1249. art. 78 (eb. 96). Burgdorf Handf. 1316. art. 118. (eb. 133). Stadtr. v. Dattenried 1358. art. 20. 26 (eb. 179. 180). Murtner Stadtrodel art. 11. (eb. 154.)

3) s. Warnkönig a. a. O. S. 229 ff. Recht von Winterthur 1264. art. 13 (Gaupp I. 137). Blumer I. 418. Zöpfl Bamb. R. S. 122. n. 3. Wo es sich um geringere Delikte handelte, ließ man Verweisung (diese auch bei größeren) oder Gefängniß an die Stelle der Geldstrafe treten. Blumer a. a. O. und S. 427. vgl. Stellen des Hamb. Rechts bei Trummer Vorträge III, 1. S. 139. 140. Kyburg. Offn. Art. 10—20 (Grimm Weisth. I. 19). Offn. v. Niederbüren 1469 (eb. 222, dritter Art. v. unt. vgl. 230 unt. 244. 282). Kirchzartner Dingrodel 1395 (eb. 333).

4) Sächs. LR. I. 38 §. 1. 65 §. 2. Rechtsb. n. Dist. IV, 24. Schwäb. LR. Art. 100. vgl. Göschen Gosl. Stat. S. 364. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 157 (?).

5) Dabei ist nie zu vergessen, daß gegen Verbrecher in den höchsten Regionen der Gesellschaft das Strafrecht wenigstens in der Form der Aechtung (des Kriegs) praktisch war (s. das Beisp. b. Sattler Gesch. d. Herz. z. Wirt. I. 185. 223 Beil. n. 90. 91) und daß das Lehensrecht einigermaßen ergänzend eingriff.

6) Ueber das in den Städten gebräuchliche eigenthümliche Mittelding der Verweisung s. Zöpfl Bamb. R. S. 112. n. 6. S. 113. n. 7—9. Jäger schwäb. Städte-

Es kann daher ein nach dem Gesammtergebniß entworfenes Strafensystem des MAs nicht als das Bild eines allenthalben, ja nicht einmal als das Bild eines auch nur irgendwo vollkommen so vorhandenen wirklichen Zustandes angesehen werden [1]). Die einzelnen Strafarten finden sich nicht überall gleichmäßig vor und bei denen, welche sich an bestimmter Stelle vorfinden, kam es wieder darauf an, inwieweit der Grundsatz der Ablösbarkeit praktisch, ob sie Regel oder Ausnahme war. Zudem waren aber die Strafgesetze nur zu oft auf's äußerste unbestimmt, so daß die Strafgattung oder wenigstens die Strafart dem Richter (letztere sogar wohl dem Nachrichter) [2]) zur Auswahl überlassen blieb, wie denn überhaupt das richterliche Ermessen die gefährlichste Weite hatte [3]). Was nun die Strafarten im Einzelnen betrifft, so gehört die Aufzählung der unendlich vermannigfachten, zum Theil grausamsten Lebens- und Leibesstrafen [4]), sowie der aus unendlich reich wuchernder Phantasie hervorgegangenen unzähligen sinnlich drastischen Ehrenstrafen mehr der Sitten- als der Rechtsgeschichte an, welche in allem diesem nur das Produkt einer rohen, mit dem Ende des MAs noch lange nicht abgeschlossenen, Entwicklungsperiode zu registriren hat. Dagegen ist zu bemerken, daß das Institut der Rechtlosigkeit als einer infolge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen, resp. zu gewissen Strafen [5]) eintretenden Ehrenstrafe sich während des MAs bestimmter, wenn auch nicht mit hinreichender juristischer Schärfe [6]), ausbildete. Sie bewirkte Entziehung des Unschuldseides, des Wergelds, des Rechts, Schöffe, Vorsprecher, Zeuge, Richter, Vormund zu sein und wohl überhaupt solcher Rechte, welche auf der Voraussetzung besondern Vertrauens beruhten [7]). Die Ehrlosigkeit war die aus Verbrechen, die ein besonderes Band der Treue oder der Ehre verletzten, entspringende Recht-

---

wesen I. 120. 121. Blumer I. 402—404. 418. Warnkönig a. a. O. S. 173—181. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. 289. 305. Thomas Oberhof von Frankfurt S. 28. Bluntschli RG. v. Zürich I. 409. n. 150. Oeffn. z. Neukilch 1330 (Grimm Weisth. I. 297).

1) A. M. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 15.

2) Tengler Laienspiegel Fol. 144. vgl. Dreyer a. a. O. S. 81. n. 4. Lüneburg. Unterricht ꝛc. ꝛc. 1564 in Puffendorf proc. crim. app.

3) vgl. Blumer I. 408 (über die „Fürbitten"). Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 28—30.

4) Wenn Dreyer S. 24 und Mittermaier N. Arch. IX. 51. 52 meinen, viele dieser in Rechtsquellen vorkommenden Strafen seien (als Ausfinnungen eines unglücklichen Bauernwitzes) bloße „Schreckenberger" gewesen, die gar nicht auf den Vollzug berechnet gewesen und auch nicht zum Vollzug gekommen seien, so ist dies doch wohl sehr willkürlich. Daß man es mit dem Prinzip der materiellen Talion ernstlich nahm, zeigt das flandrische Strafrecht. s. auch schwäb. LR. 176.

5) Es ist ebenso unrichtig, nur das Erste (Zöpfl RG. II, 1. §. 132), als nur das Zweite (Jarcke I. 282. n. 17) anzunehmen. Sächs. LR. I. 38 §. 1, 39, 65, §. 2. II. 13 §. 1, 19 §. 2. III. 28 §. 2, 45 §. 9. Schwäb. LR. 41. 48. 100. Const. pac. 1235. art. 11 (P. II. p. 315). Rsbuch u. Dist. IV, 24. Göschen Gosl. Stat. S. 114. Sächs. Dist. b. Pölman IV, 14. d. 14. 15. Görlizer Landr. 41 §. 1, 47. §. 15.

6) Viel zu weit geht Trummer Vortr. III, 1. S. 123 ff.

7) Sächs. LR. I. 39. 51 §. 3. II. 12, §. 3, 36, §. 4. III. 28 §. 1, 45 §. 11, 65 §. 1, 70 §. 1. vgl. II. 26 §. 2. 3, 36 §. 1. Richtsteig. Ldr. 33. 52. Schwäb. LR. 48. 64. 91. Rsb. u. Dist. III, 1, d. 1. V. 2. d. 1. Rig. Ritterr. 38. Sächs. LehnR. Art. 2. Göschen S. 347—350. 355—357. 363—365.

losigkeit [1]). Es kommen aber auch außer dieser ipso jure eintretenden Ehrenschmälerung eigene in größerer oder geringerer Verminderung der Rechtsfähigkeit bestehende Ehrenstrafen vor [2]). — Am wenigsten unter allen Strafarten waren die Freiheitsstrafen entwickelt, sofern sie in Einsperrung bestehen [3]), wogegen die Landesverweisung eine sehr häufige Strafe war, die aber ihre kriminelle und zugleich polizeiliche, resp. prozessualische (achtähnliche) Zwitternatur noch immer beibehielt [4]). Den faulsten Fleck des Strafwesens bildeten aber die Vermögensstrafen. Zwar haben die Rechtsbücher die einfache Geldstrafe meist ganz richtig auf kleinere Frevel, Zollfrevel, Selbsthilfe, Ungehorsam, Uebertretung von Prozeßvorschriften, Eigenthumsbeeinträchtigungen, die nicht Diebstahl sind ꝛc. ꝛc., beschränkt [5]). Allein nicht nur müssen sie selbst den Mißbrauch der Lösung auch der schwersten Strafen um Geld anerkennen [6]), sondern die Gesetze hielten sich großentheils schon von vorn herein nicht an jene Grenze, setzten vielmehr Geldstrafe principaliter auch auf schwerere Fälle [7]), und die Praxis vollends trieb vielfach den Mißbrauch des Strafschachers auf's Aeußerste [8]). Was die Konfiskation des Vermögens betrifft, so wird sie als Selbstfolge einer Kriminalverurtheilung von den Rechtsbüchern ausdrücklich verworfen [9]). Allein auch hieran hielt sich die Praxis nicht [10]). An der Zulässigkeit ausdrücklicher Vermögens-

1) Sächs. LR. I. 40. III. 84 §. 2. Richtst. LdR. 33, 51. Schwäb. LR. 49. vgl. KaiserR. III. 5. 7. IV. 1. Berner Handf. 1218. art. 33 (Gaupp II. 51). Freilich sind die Ansichten hierüber sehr verschieden. vgl. Eichhorn RG. §. 349. Zöpfl a. a. O. Marezoll bürgerl. Ehre S. 290—316. Budde über Rechtlosigkeit. Gerber Deutsch. Priv.R §. 39. Haken üb. d. Begriff der Ehre. S. 21.

2) Urkunden bei Blumer I. 408. 409 (Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern; — Ausstoßung aus Rath und Gericht nebst Zeugnißunfähigkeit; — 3jährige Ehrlosigkeit, bestehend in Ausschluß vom Zeugnisse, vom Besuche ehrlicher Gesellschaften und vom Weintrinken. s. auch wirt. Ges. b. Wächter Strafarten S. 213. n. 5.

3) Daher kommt Gefängniß selten als selbständige Strafe, meist vielmehr nur als Surrogat einer Geldstrafe bei Insolventen oder auch als Mittel, um einen Abtrag in Geld zu erpressen, sowie als Sicherungsmittel vor. vgl. z. B. Köln. Dienstr. b. Fürth die Ministerialen S. 386—388. Bluntschli RG. v. Zürich I. 365. 407. Trummer Vortr. I. 401. Blumer I. 418. 427. 428. Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 43. 44. Auffallend häufig wird Kerkerhaft im Kaiserrechte erwähnt.

4) s. die Beisp. von 1447 und 1464 bei Blumer I. 403. 404. s. auch S. 427. Warnkönig flandr. RG. III. 172. n. 540. S. 173 ff. Malblank a. a. O. S. 37.

5) vgl. Sächs. LR. I. 53 §. 1, 62 §. 3. II. 6 §. 3, 8, 11 §. 1, 14 §. 1, 16 §. 4, 8, 9, 27 §. 1. 4, 28 §. 1. 2, 29. III. 23, 37 §. 1, 86 §. 1.

6) Sächs. LR. I. 38 §. 1, 65 §. 2. II. 13 §. 1. III. 64 §. 11 (wo die Bauern das Geld vertrinken sollen).

7) Fast alle mittelalterlichen Quellen können mehr oder weniger zum Beispiel dienen. Aber die strafrechtliche Energie ist sehr verschieden in der Entwicklung vorgeschritten.

8) Zasius Opp. 1580. I. p. 178. Harpprecht Staatsarchiv III. 315. 383. Bamb. Art. 272.

9) Sächs. LR. II. 31 §. 1. Schwäb. LR. 198. vgl. Bamb. RathsVO. 1318 b. Zöpfl Anh. V. nr. 57. Stadtr. §. 183. Stadtr. v. Hagenau 1164. art. 12—16 (Gaupp I. 98. 99). Altdorf. Hofrodel 1439. art. 65 (Grimm Weisth. I. 17).

10) P.G.O. Art. 218. Auch in Bamberg galt der §. 183 nur als Vorrecht der Bürger. Zöpfl S. 128. Uebrigens führt dieser S. 116. n. 16 mit Unrecht auch Ruprecht c. 19 (Maurer) und das Freib. Stadtrod. §. 45, sowie Blumer I.

konfiskationen wurde ohnedies nicht gezweifelt. — Nach Allem diesem darf es denn nicht verwundern, wenn auch das Strafensystem der PGO. noch sehr roh ist, ganz davon abgesehen, daß sie dasselbe in Beziehung auf die Wahl der einzelnen Strafart innerhalb der allerdings absolut festgesetzten Strafgattung für nicht bindend erklärt [1]). Auch sie kennt noch eine Reihe qualifizirter Todesstrafen [2]) (Verbrennen, Rädern, Viertheilen, Lebendigbegraben und Pfählen, Ertränken, Schleifen zur Richtstätte, Reißen mit glühenden Zangen), desgleichen verstümmelnde Leibesstrafen und die Stäupung [3]). Von Freiheitsstrafen kennt sie die Konfination und in reichem Maße die (gewöhnlich mit Pranger und Stäupung verbundene) Landesverweisung; dagegen nur in geringem die Gefängnißstrafe (nur als zeitliche [4]); und auch diese nur als Surrogat für Geldbuße) [5]). Unter den Ehrenstrafen erwähnt sie den Pranger, die Abbitte [6]), und die Ehrlosigkeit. (Andere Reichsgesetze erwähnen noch Anschlagen des Namens an den Galgen, andere Beschimpfungssymbole, unehrliches Begräbniß, Unfähigkeit zu Aemtern und Würden) [7]). Endlich kennt sie theils Geldstrafen [8]), theils Konfiskationen einzelner Vermögensgegenstände [9]), oder des ganzen Vermögens [10]) (jedoch nicht stillschweigende) [11]). So war denn, da die P.G.O. noch außerdem

---

400. 402 einige schweiz. Urk. an, da in diesen Stellen die Konfiskation nur den flüchtigen Verbrecher trifft. Auch die bei Kress ad art. 218, bei Böhmer ad C. qu. 135. obs. 1. ꝛc. gegebenen Nachweisungen sind nicht ganz genau. Dagegen s. z. B. Kyburg. Oeffn. Art. 1—5 (Grimm Weisth. I. 18). Rheinauer Oeffn. (eb. 287). Handf. v. Freib. im Uechtl. 1249. art. 57. 79 (Gaupp II. 94). Murtner Stadtrod. Art. 11. 13 (eb. 154). Insbruck. Stadtr. 1239. art. 7. (eb. 254). Recht von Günterstthal 1344 (Grimm Weisth. I. 330 unt.) u. s. f.

1) Art. 104. Wächter Gem. R. S. 118. 119.

2) vgl. über Todesstrafarten die interessante Abh. von G. L. Böhmer im N. Arch. IV. 56 f. 343 f. V. 559 f. VI. 65 f.

3) Ueber den Stockschilling s. Gerstlacher Hdb. des deutsch. Reichsges. XI. 2907. Ueber das Spießruthen- u. Steigriemenlaufen beim Militär s. Reichskriegsart. 1672. §. 23.

4) Das ewige Gefängniß Art. 10. 101 bezieht sich — wenn man Art. 192 Aufschrift und Art. 195 vergleicht — nur auf die bekannte vom Gericht zu erkennende Sicherungsmaßregel. vgl. Abegg N. Arch. 1838. S. 71—73 (wo die Sache nur unbestimmt hingestellt wird). A. M. scheint Geib eb. 1845. S. 141—143 in doppelter Weise, sofern er das lebensl. Gef. der P.G.O. als Strafe zuschreibt und auch die Maßregel des Art. 176 als Strafe ansieht (die Vermuthung hinsichtlich des Korrektoriums steht in diesem Falle auf schwachen Füßen). Ganz ungenau ist Mittermaier n. 2. z. F. §. 143.

5) Art. 157. — In Art. 216 hat die Einsperrung wieder eine andere Bedeutung.

6) Widerruf s. R.K.G.O. 1555 II. 28 §. 4.

7) RSchl. 4. Sept. 1731. §. 2 a. E. RSchl. 1. Aug. 1668. §. 3. RSchl. 30. Juli 1668. R.P.O. 1577. Tit. 23. §. 2.

8) auch als Privatstrafen (Art. 157. 158. vgl. 215). Geldstrafen s. auch in andern Reichsgesetzen z. B. R.P.O. 1577. Tit. 18. §. 1. 2.

9) Art. 111. vgl. R.P.O. 1577. Tit. 14 §. 7. Tit. 17 §. 8. Tit. 19 §. 3. Tit. 35 §. 3.

10) Art. 135. 218. vgl. R.P.O. Tit. 18. §. 2. Ueber Art. 218 s. wegen der Lesart Koch Vorr. §. 9. Walch gloss. introd. §. III.

11) A. M. Bruckner de confisc. bon. p. 16—20. Andrerseits zu weit giengen Carpzov qu. 135. n. 27 sq. u. A., welche auch die ausdrücklichen Konfisk. (außer beim crimen maj.) durch den Art. 218 aufgehoben glaubten. Die Meisten halten dadurch mit Recht nur die stillschweigenden für verworfen. s. Wächter Lb. I. §. 103.

(freilich unter einer ſehr verſtändigen Klauſel, Art. 104) auch das geſammte römiſch-rechtliche Strafenſyſtem für anwendbar erklärte, der neueren Rechtsentwicklung ein faſt durchgängig verwerflicher Stoff zur Bearbeitung überliefert [1]).

Zunächſt hatte die P.G.O. hergebrachte Gewohnheiten nicht ſchlechthin abſchaffen wollen, ſondern die löblichen ausdrücklich zugelaſſen. Inſofern war es ganz in der Ordnung, wenn in Fällen, wo das gem. Recht peinliche Strafe nicht anordnete, ſelbſt das Kompoſitionsſyſtem noch fortdauerte (ſo mangelhaft es auch an ſich iſt), namentlich in den ſächſiſchen Ländern [2]). Dagegen geſchah es in allen andern Fällen gegen das Geſetz, ſei es nun, daß noch die uralte Sitte nachwirkte [3]), oder daß die Gerichtsherrſchaft aus dem gütlichen Abtrag eine Geldquelle für ſich machte, resp. den Adel ſchonte [4]). Nicht nur aber zu milderer Beſtrafung fand man in jener Liberalität der P.G.O. den Vorwand, ſondern auch zu ſtrengerer, und jedenfalls zur Beibehaltung mancher rohen und abgeſchmackten Strafen, welcher ſie ſelbſt ſich enthalten hatte [5]). Es konnte jedoch nicht fehlen, daß man im Laufe der Zeit, namentlich ſeit dem Austoben des 30j. Kriegs das Strafenſyſtem der P.G.O. nach und nach als zu hart und überdies als großentheils unzweckmäßig anzuſehen anfieng. Am leichteſten ſetzte man ſich natürlich früher und ſpäter über die Strafen des röm. Rechts hinweg [6]). Aber auch die Strafen der Reichsgeſetzgebung ſelbſt konnten ſich auf die Dauer gegen den fortſchreitenden Geiſt der Zeit nicht halten [7]). Da nun leider dieſe Geſetzgebung ſelbſt ſeit dem

---

n. 41 b. vgl. auch Clar. §. fin. qu. 78. n. 1. Damhouder c. 66. n. 1. 2. Marezoll bürg. Ehre S. 333 f. meint, der Art. 218 wolle auf die ausdrücklichen Konfisk. die Nov. 134. c. 13, resp. die Authent. bona damnat. angewandt wiſſen. ſ. dag. Hefftter §. 138. n. 7. vgl. auch Martin §. 94 und wieder Böhmer im N. Arch. 1836. S. 524 f.

1) ſ. im Allgem. Döpleri theatrum poenarum crim. 1693. 97. Kleinſchrod ſyſt. Entw. III. §. 4—90.

2) Wächter Gem. R. S. 121. vgl. S. 30. n. 23. Ueber die Fortdauer des Inſtituts des Wergelds und der Sachſenbuße bis in die neuere Zeit ſ. Weiske Abh. aus dem deutſch. Recht. nr. 6. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 24.

3) vgl. den Fall b. Blumer I. 398 und eb. S. 404. 405. Oſtfrieſ. LR. (v. Wicht) III, c. 4 vgl. c. 17 und S. 676. Nordfrieſ. LR. 1558. Art. 71. v. Arx Geſch. von St. Gallen II. 608. Spiel vaterl. Arch. (Hannov.) II, 2. S. 239. Henneb. LO. VIII, 3. c. 4. 8.

4) Wend. rügian. Landgebr. Tit. 237. Zöpfl Bamb. R. S. 17. 18. nr. 54. 55. Roßhirt Geſch. und Syſt. I. 126. 127. In dem Fall nr. 54 bei Z. handelt es ſich freilich nur vom Exzeß der Nothwehr; hier, wie bei kulpoſen Tödtungen, ließ ſich die Sache eher rechtfertigen. ſ. auch über Nürnberg Siebenkees Mater. III. 67—70.

5) Namentlich im Kapitel der beſchimpfenden und beſchämenden Strafen, die ſich zum Theil bis gegen die neuere Zeit her erhielten, z. B. Strohkranz, ſpaniſcher Mantel, Laſterſteine, Geige, Triller, Austrommeln, Auspauken, Eſelritt, Schneller, Hurenkarren ꝛc. ſ. Reiter peinl. R. nach d. neuſt. Grundſ. I. c. 15. §. 7 ff. Wächter Strafarten S. 251—259.

6) Stephani Komm. z. Art. 104. Schilter Exerc. 49. §. 173. Böhmer med. ad art. 180. §. 5 (welche Wächter gem. Recht zu ſtreng tadelt, indem er ſelbſt noch nicht zur vollen Würdigung des Gewohnheitsrechts ſich entſchließen kann). vgl. S. 122 ob. S. 148—150.

7) Noch das 18te Jahrh. gab freilich den früheren theilweiſe wenig an Rohheit nach. ſ. Abegg Geſch. d. preuß. Strafgeſ.geb. S. 131 f. Niemeier Ueb. Krim.-Verbrechen, peinl. Strafen ꝛc. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 69—77.

17. Jahrh. einſchlief, ſo zerſplitterte ſich der Fortſchritt ganz in Partikularrecht, und es laſſen ſich daher über die weitere Entwicklung wieder nur einige allgemeineren Grundzüge angeben. Zunächſt halfen ſich die Gerichte mit Erfindung neuer Strafen, z. B. Einſperrung in ein Spital bei magerer Koſt [1]), Zwang zum Wegemachen, Verurtheilung zum Kriegsdienſt gegen den Erbfeind [2]), Abgabe an die Galeeren in Venedig oder Genua [3]) u. dgl. Eine wahre Abhilfe, beſonders gegen verſtümmelnde Strafen und Landesverweiſung trat jedoch erſt mit der beſſeren Ausbildung der Freiheitsſtrafen ein, in welcher der Hauptwendepunkt zur Anbahnung des geſitteteren modernen Strafenſyſtems lag. — Was nun die einzelnen Strafarten betrifft, ſo ſind die (innerlich oder äußerlich) qualifizirten Todesſtrafen nach und nach, jedoch erſt gegen die neuere Zeit her, abgekommen [4]). Zugleich hat man im laufenden Jahrh. auch die Fälle der Vollziehung, resp. Androhung der einfachen Todesſtrafe mehr oder weniger, theilweiſe bis zu einem Minimum abnehmen ſehen. Ganz verſchwunden ſind im Laufe der Zeit die verſtümmelnden Strafen; nicht ſo die körperliche Züchtigung [5]). Dagegen iſt die Landesverweiſung als Strafe [6]) und die allgemeine Vermögenskonfiskation [7]) überall aufgegeben. So blieben denn faſt nur Geld-, Ehren- und die ſeit dem 17. Jahrh. allmälig in Gang gekommenen Freiheits- (resp. Arbeits-) Strafen übrig. Da nun aber die Geldſtrafen richtiger Weiſe immermehr auf die kleineren Delikte eingeſchränkt wurden, die Ehrenſtrafen aber in große Verwirrung geriethen, ſo kam es, daß nach und nach die Freiheitsſtrafen, ehmals die letzten, im Range die erſten wurden. Was nämlich die Ehrenſtrafen betrifft, ſo war es zunächſt ein Beweis von großer Mangelhaftigkeit des Ehrbegriffs, daß man die ſog. demüthigenden (in Wahrheit beſchimpfenden) [8]) Strafen rechtlich nicht für

---

1) G. F. Harpprecht Decis. crim. nr. 33 a. E.

2) Roßhirt Geſch. u. Syſt. I. 127. Freudentheil a. a. O. S. 73. n. 92.

3) Eine ſächſ. Konſtit. (b. Carpz. qu. 129. n. 41) droht ewige Verdammung in Galleen od. Metalle, was C. unpraktiſch nennt. vgl. Urth. v. Altdorf b. Wächter gem. R. S. 126. n. 164. Ueb. Nürnberg Siebenkees Mater. II. 597; hier wurde die Sache wirklich geſetzlich eingeleitet, ebenſo in Wirtemberg, ſ. Wächter Strafarten S. 39 (es war die härteſte Freiheitsſtrafe, und zwar für — Wilderei!).

4) In Sachſen wurde bis 1838 auf Feuerſtrafe wenigſtens erkannt. Sie wurde aber auch in Reuß-Gr. in dieſem Jahrh. noch vollzogen! Aeußere Schärfungen kennen noch das bair. GB. Art. 6 (ſ. jed. Geſ. 18. Nov. 1849 Art. 4) und das hannövr. Art. 9. — In Wirtemb. kam Lebendigbegraben und Pfählen, Viertheilen und Ertränken ſchon im 17. Jahrh. ab, ſ. Malefiztare von 1701, — das Verbrennen und Reißen mit glühenden Zangen im 18ten, das Rädern, das Schleifen zur Richtſtätte, Flechten des Leichnams auf das Rad und Aufſtecken des Kopfs auf einen Spieß im Jahr 1824. ſ. noch Preuß. LR. II, 20. §. 93. 102. 826. 1512. 1513. vgl. Reſkr. 22. Sept. 1810. Quiſtorp §. 73. 75.

5) Die Stäupung verſchwand in Wirtemberg im Jahr 1824, das Spießruthenlaufen im Jahr 1818, die körperl. Züchtigung im Jahr 1849; wieder eingeführt wurde dieſe 1853.

6) In Preußen wurden im Anfange dieſes Jahrh. einige Transporte von Verbrechern nach Sibirien abgeführt. vgl. Klein Annal. XX. 303 ff.

7) ſ. dag. noch preuß. LR. §. 95. 103. 467. 469 und Goldtammer I. 121—123. Dag. Hye S. 393.

8) worunter auch Widerruf und Abbitte unter beſchimpfender Form, wie ſie noch Quiſtorp beſchreibt, gehören, dagegen freilich nicht bloßer Verweis u. dgl.

entehrend anſah [1]). Mehrere derſelben, wie öffentliche Ausſtellung am Strafpfahl (Schandbühne ꝛc.), Widerruf, Kirchenbuße, Geige ꝛc. haben ſich bis in's 19te Jahrhundert herein erhalten [2]). Dagegen galten allerdings für entehrend diejenigen Strafen, deren Vollzug der Henker beſorgte, und auch von dieſen waren mehrere, wie Pranger [3]), Anſchlagen des Namens an den Galgen [4]), Brandmarken [5]), Stäupung ꝛc. [6]), noch in dieſem Jahrh. im Gebrauch. Andererſeits wieder dachte man, ſeit man vom 17. Jahrh. an Arbeits- und Zuchthausſtrafen anzuordnen anfieng, nicht daran, die in der Volksmeinung ſehr natürlich ſich bildende Anſicht über den ehrenſchmälernden Charakter mancher dieſer Strafen auch juriſtiſch zu fixiren [7]). Dies hieng aber eben mit der allgemeinen Verwirrung zuſammen, worein die Begriffe von Recht- und Ehrloſigkeit ſeit dem Ende des MAs allmälig geriethen. Bei der ohnedies juriſtiſch nicht ſcharf fixirten Natur dieſes Inſtituts war es natürlich, daß Geſetzgebung und Wiſſenſchaft ſeit der Rezeption des römiſchen Rechts es aus dieſem zu ergänzen und auf den Begriff der römiſchen Infamie zurückzuführen ſuchten [8]), was um ſo näher lag, da die Hauptwirkungen der Rechtloſigkeit, d. h. die Entziehung des Wergelds, des Unſchuldseids und überhaupt der prozeſſualiſchen Ehrenrechte, mit der Veränderung der Gerichtsverfaſſung und dem Verſchwinden des Kompoſitionsſyſtems großentheils unpraktiſch wurden [9]). Allein es war ebenſowenig praktiſch gedacht, wenn man gerade in dieſer Lehre das römiſche, auf einer andern Nationalität und andern Staatseinrichtungen beruhende Recht ohne Weiteres auf die deutſchen Verhältniſſe übertragen wollte [10]). Wenn dies aber auch wirklich in der Abſicht einer Geſetzgebung lag [11]), ſo mußte ſie nothwendig an der Praxis ſcheitern, die das

---

1) Auch körperliche Züchtigung wird noch heutzutage von den Geſetzen nicht als infamirend angeſehen!

2) Wächter Strafarten S. 252 ff. Ein wirt. Geſ. 1734 motivirte die Ausſtellung auf der Schandbühne durch den Beſſerungszweck. ſ. noch das bair., hann. GB. ſ. jed. bair. Geſ. 18. Nov. 1849. Art. 4.

3) ſ. noch preuß. LR. z. B. §. 224. 881. 1391 und ſonſt. Auch in Wirt. wurde noch 1814 darauf erkannt. vgl. Bair. GB. Art. 6. 7. ſ. jed. vor. Note. vgl. Kammerer Bem. üb. d. Strafen d. Prangers ꝛc. 1838.

4) Oeſtr. GB. 1803. §. 203. Exekution am Bild ſ. preuß. LR. §. 99. Feuerbach §. 137.

5) Preuß. LR. §. 1214. Oeſtr. GB. 1803. §. 22. In Wirt. längſt abgekommen. ſ. Wächter Strafarten S. 213. vgl. Bair. Geſ. 18. Nov. 1849. Art. 4.

6) Preuß. LR. §. 256. 425. 828. 872. 873. 878. 960 a. 962 u. ſ. f. ſ. überh. Quiſtorp §. 77.

7) Wächter Strafarten S. 57. 58. 246. 247. A. M. Jarcke I. 286. ſ. dag. Kleinſchrod III. §. 89. Sehr oberflächlich iſt hierüber Mittermaier Fortbild. I. 275. 276.

8) Philipps Deutſch. Priv.R. I. 299 ff. Gerber Deutſch. Priv.R. §. 39. ſ. P.G.O. Art. 107. 122. Notar.O. 1512 §. 12. RA. 1551 §. 80. Reuterbeſtall. 1570 Art. 28. 47. 53 ꝛc. ꝛc. R.P.O. 1577. Tit. 1 §. 7. Tit. 23 §. 2. Tit. 38 §. 4. RSchl. 30. Juli 1668. 1. Aug. 1668. 4. Sept. 1731 §. 2 a. E. Wirt. LR. III, 10 §. 7. vgl. Stryk us. mod. III, 2. §. 1. 12. Lauterbach Coll. Pand. III, 2. Leyser Sp. 52. med. 1. Cocceji j. controv. III, 2. qu. 4. i. f.

9) Dies ſcheint gewöhnlich nicht genug gewürdigt zu werden.

10) Dies giebt auch Wächter Lb. I. S. 179. Wirt. Priv.R. I. S. 904. 905 zu.

11) Von dem wirt. LR. muß dies allerdings (gegen Reyſcher W. Priv.R. I.

Unmögliche nicht möglich machen konnte. Denn vor Allem war der größte Theil der Fälle der römiſchen Infamie gar nicht anwendbar; namentlich gilt dies von der ſogen. infamia immediata [1]); aber auch von der inf. mediata im Civilprozeß und bei Injurien [2]) wollte die Praxis nichts wiſſen. Nicht minder iſt allgemein anerkannt, daß auch beim Stuprum, bei der einfachen Kuppelei und beim Wucher das römiſche Recht ausgeſchloſſen war [3]). Ja, es wird zugegeben, daß auch bei andern Verbrechen ſelbſt in ſolchen Ländern, in welchen die Geſetzgebung ausdrücklich am römiſchen Recht feſthielt, die Praxis ſich dahin geneigt habe, die römiſchen Unterſchiede zwiſchen crim. ord., extraord. ꝛc. nicht zu beachten, ſondern auf die innere Natur des Falls zu ſehen [4]). Letzteres war aber ſo überaus natürlich [5]), daß es ganz unmöglich erſcheint, daß nicht die Praxis auch in den übrigen Fällen es ebenſo gehalten haben ſollte. Es iſt überdies noch nicht einmal ausgemacht, ob auch nur der Begriff der infamia mediata überhaupt überall in Deutſchland Anerkennung gefunden und nicht vielmehr, an manchen Orten wenigſtens, der Grundſatz gegolten habe, daß Ehrloſigkeit nur eintrete, wenn der Richter ausdrücklich auf ſie (resp. auf eine entehrende Strafart) erkannt habe [6]).

---

§. 180. n. 17) zugegeben werden. ſ. auch K. v. Wächter in Sarweys Mon.ſchr. I. 181 ff. Dagegen nicht auch für das gemeine Recht, noch für andere Partikularrechte, wie es vom ſächſiſchen Wächter ſelbſt (W. Pr.R. I. S. 904. n. 11) zugiebt. Daher waren denn auch mehrere ältere Juriſten, wie neuere, mehr oder minder entſchieden gegen eine unbedingte Rezeption des röm. Rechts in dieſer Lehre. ſ. C. F. Hommel rhaps. qu. obs. 210. nr. 7. Kind quaest. III, c. 55. Berg Rechtsfälle I. 72. Runde deutſch. Priv.R. §. 307. Grolman §. 158. n. b. Schweppe röm. Priv.R. §. 73 a. E. Reyſcher Wirt. Priv.R. §. 180. v. Savigny Syſt. II. 224—230 und theilweiſe Eichhorn Deutſch. Priv.R. §. 87. 88. Marezoll bürg. Ehre S. 350 ff. Martin §. 89. n. 12 (auf welche Wächter ſich beruft), Hefftter §. 174. Mittermaier Deutſch. Priv.R. §. 102. Jarcke I. 282. n. 17. u. A.

1) Dies giebt Eichhorn zu, großentheils auch Wächter Strafarten S. 232. 235. 238. 240. Unklar Hefftter §. 175. n. 4 (wie überhaupt in dieſer Lehre).

2) Zugegeben von Wächter eb. S. 241—243. vgl. RA. 1566. §. 107. RSchl. 4. Sept. 1731. nr. 2 a. E. Wirt. LR. I. 77. §. 6. Wirt. H.G.O. III, 25. §. 3.

3) Wächter a. a. O. S. 239. 241. vgl. Martin §. 90 a. E. und die not. 18 Angeff.

4) Wächter eb. S. 243—245. ſ. auch überh. Seip von dem Unterſchied der ehrenrührigen Strafen nach röm. und deutſch. Geſetzen 1750. Für unbedingte Anwendung des röm. Rechts iſt Roßhirt Entw. S. 477.

5) Gegen die gekünſtelte Anſicht von Marezoll erklärt ſich Wächter ſelbſt mit Recht S. 236—238. ſ. auch Wirt. Priv.R. S. 907 und Mittermaier in d. krim. Beitr. I. 473—475. Höchſt willkührlich ſind jedoch andrerſeits die Behauptungen von Reyſcher §. 181. n. 10. 11, und jedenfalls ſeinen eigenen Anſichten üb. d. deutſchrechtliche Grundlage der Lehre ganz widerſprechend, nach welcher ein ſo dürftiger Katalog entehrender Verbrechen durchaus nicht richtig iſt. — Daß man den Vorbehalt der Ehre ſehr häufig (auch gegen die Geſetze) anwandte, iſt bekannt. ſ. RSchl. 22. Sept. 1668 „fürs Erſte", — und 1731. Gail Obs. I. 65. nr. 6. 7. Harpprecht de expr. hon. reservat. 1691. Carpzov qu. 94. n. 79.

6) Das Wirt. LR. III, 10 §. 7 folgte hier allerdings entſchieden dem römiſchen. ſ. dag. Bad. LR. VII, 29 §. 1. 2. vgl. Hübner üb. Ehre, Ehrloſigkeit ꝛc. S. 93 ff. Danz deutſch. Priv.R. III. 60. Tittmann I. §. 69. not. a. Mittermaier Fortbild. I. 275. Ungenau und undeutlich ſind Martin §. 90. n. 16. Hefftter §. 175. n. 4 (der allgemein von einer sententia declaratoria ſpricht). Gemeinrechtlich

Gewiß liegt es aber jedenfalls in der Natur der Sache, daß in Beziehung auf die Fälle des Eintritts der Ehrloſigkeit die deutſchen Sittlichkeitsbegriffe ſich am wenigſten nach der Schablone des fremden Rechts modeln ließen, und um ſo weniger, wenn man bedenkt, daß gerade in dieſem Punkte das fremde Recht auf einer rein hiſtoriſchen Zufälligkeit, auf einem in Deutſchland ganz wurzelloſen Unterſchied der Delikte beruhte. Daß jedoch andererſeits auch aus einheimiſcher Wurzel ſich keine irgend beſtimmt fixirbaren Rechtsregeln mehr über die Frage gebildet haben, beweist am deutlichſten die allgemeine und allgemein anerkannte Anarchie der Doktrin in früherer und neuerer Zeit [1]). Dagegen war man von jeher darüber einig [2]), daß nach deutſchem Rechte Infamie ſtets in Folge ſolcher Strafen eintrete, mit deren Vollzug der Henker ſich befaſſe (was freilich keineswegs mehr die ächte Anſicht der Rechtsbücher war) [3]). Indeſſen diente auch dieſe Anſicht [4]) zum allmäligen Verkommen feſter Regeln über den Eintritt der Infamie, da die gedachten Strafen größtentheils (nämlich die verſtümmelnden Strafen und mindeſtens der alltägliche Gebrauch der Stäupung und des Prangers) immer mehr abkamen [5]), und bei den neuaufkommenden Arbeits- und Freiheitsſtrafen die Geſetzgebung es unterließ, ihre Folgen für die Ehre juriſtiſch feſtzuſtellen. Die neue Geſetzgebung iſt nun durchaus [6]) von dem Grundſatz ausgegangen, daß das Inſtitut der römiſchen Infamie zu verwerfen ſei, daß vielmehr Ehrenſtrafen nur durch ausdrücklichen Spruch des Gerichts eintreten können, ſei es als ſelbſtändige oder als ein für allemal mit gewiſſen andern vom Geſetz verbundene Strafen. Erſteres geſchah in der Theresiana (Art. 10) und im norweg. GB. [7]). Letzteres im ſächſiſchen und thüringiſchen GB.,

---

iſt wohl allerdings der Begriff der inf. mediata als rezipirt zu betrachten, arg. P.G.O. art. 122. 190—198. Andrerſeits wurde aber die Ehrloſigkeit entſchieden nicht bloß als eine Nebenfolge des Verbrechens, ſondern als wahre Strafe angeſehen. P.G.O. Art. 104. vgl. Clar. §. fin. qu. 72.

1) ſ. Eichhorn Deutſch. Priv.R. 83 ff. Marezoll bürg. Ehre S. 350. Glück Komm. V. 161 ff. Mittermaier in d. krim. Beitr. I. 471 ff.

2) Mit Unrecht nennen Wächter und Jarcke Martin als Gegner.

3) Nach dieſen hätte jede körperl. Züchtigung hierher gehört. Sächſ. LR. I. 38. Schwäb. LR. 100.

4) Daß das deutſche Recht nur an die Strafart die Infamie geknüpft habe, iſt ganz falſch. So z. B. Jarcke I. 282. n. 17, der mit Unrecht gegen Roßhirt und Martin polemiſirt und P.G.O. Art. 107. 122 u. a. Reichsgeſetze als „Ausnahme" behandelt (S. 286)! Kleinſchrod III. §. 88 macht doch wenigſtens nicht die Geſetze, ſondern nur die Praxis für die falſche Anſicht verantwortlich. Sehr willkührlich verfährt Wächter Strafarten S. 217 (vgl. Lb. I. S. 176), der zwar anerkennt, daß die Reichsgeſetze an das Verbrechen die Infamie knüpfen, aber ſofort beifügt, damit ſei nur die römiſche Infamie gemeint. Er hat hier, wie mehrfach, das deutſche Recht vor der P.G.O. nicht gehörig gewürdigt.

5) ſ. beſ. Kleinſchrod III. §. 89. Heffter §. 175. n. 7—11 (in not. 11 iſt mit Unrecht gegen Kleinſchrod polemiſirt, da dieſer die Ausnahme beim Erſchießen ſelbſt macht und überdies aus dem Prinzip begründet). Mittermaier Deutſch. Priv.R. §. 102. n. 12.

6) Eine Ausnahme machte noch das wirtemb. Strafed. 1824. Wächter Strafarten S. 215 ff.

7) ſ. auch den hamb. Entw. von 1851. Motive S. 98 ff. Hier, wie in der Theres. iſt es theilweiſe (im hamb. Entw. zu oft) dem Richter überlaſſen, ob er auf die Ehrenſtrafe erkennen will. vgl. Hannövr. GB. Art. 23.

welche nur den Verweis als selbständige demüthigende Strafe kennen, und alle Ehrenschmälerungen nur als Folge bestimmter Freiheitsstrafarten eintreten lassen [1]). Alle übrigen neuen Gbücher befolgen dagegen ein gemischtes System, d. h. sie verbinden zunächst höhere oder geringere Grade von Ehrenschmälerung als nothwendige Folge mit gewissen Strafarten (Todes- [2]) und Freiheitsstrafe, und zwar durchgängig der Zuchthaus- [3]), theilweise aber auch andern, sc. Arbeitshaus-, Korrektionshaus-, Festungsstrafen) [4]), nehmen aber daneben noch mehr oder weniger selbständige Ehrenstrafen auf, wie Dienstentsetzung, Dienstentlassung, Degradation [5]), Suspension [6]), Entziehung öffentlicher Berechtigungen und eines selbständigen Gewerbebetriebs für immer oder auf bestimmte Zeit [7]), Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte [8]), zeitliche Interdiktion derselben, zeitliche Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern, Unfähigkeit zur Bekleidung des bisher verwalteten Amts, der bisher betriebenen Kunst oder des bisher betriebenen Gewerbs [9]). (Dem sächs. u. braunschw. GB. ist eigenthümlich, daß es den Eintritt der Ehrenschmälerung nur mit der erlittenen Zuchthaus- ꝛc. Strafe verbindet) [10]). So sehr sich jedoch auch die neuen Gesetzgebungen bemüht haben, die Ehrenschmälerungen, welche infolge von Verbrechen eintreten (d. h. die Ehrenstrafen) gesetzlich zu normiren und die Fälle ihres Eintritts genau zu bestimmen, so sind sie doch in dieser Beziehung mehr oder minder mangelhaft, sofern sie gleichwohl hinsichtlich wichtiger Theile dieser nachtheiligen Folgen wieder auf anderweitige Gesetze verweisen [11]) oder aus solchen zu ergänzen sind [12]). Es

1) s. jedoch thüring. GB. Art. 9 a. E. eine Ausnahme, wegen deren indessen auf anderweitige Gesetze verwiesen wird.

2) Mit der Todesstrafe verbinden solche Folgen nicht das sächsische, hannövr., braunschw., hessische, badische, thüring. GB., — wohl aber das östreich. §. 27, das preußische §. 7 (mit Modifikationen. Beseler S. 93. 94), das bairische Art. 23 und das wirtembergische Art. 129 (übersehen von Hufnagel I. 64 und Breidenbach I. 1. S. 324. n. 3. s. übr. diesen S. 323—325).

3) Natürlich auch mit den hie und da vorkommenden noch schwereren Ketten-, Karrenstrafen ꝛc. ꝛc.

4) s. das bair., wirtemb., braunschw., hessische GB., resp. das thüringische Art. 9.

5) Diese Strafen nebst der Unfähigkeit zu Aemtern und Ehrenstellen als eigener Strafe hat das bair. GB. Art. 22, Dienstentsetzung u. Entlassung das braunschw. §. 249 (bezieht sich auch auf öffentliche Berechtigungen).

6) Dienstents., D.entlassung und Suspension hat das hannövr. GB. (bezieht sich gleichfalls auf die öffentlichen Berechtigungen. Art. 341).

7) Wirt. GB. neben Dienstentlassung und Verlust oder zeitlicher Entziehung der Ehren- und Dienstrechte, — Hess. GB. neben DEntsetzung, DEntlassung, Suspension und Entziehung gewisser staatsbürg., bürgerl. und Familienrechte (Breidenbach I. 1. S. 469—471), — Oestr. GB. §. 242. 243. vgl. §. 26 vorletzten Satz und §. 30, — Bad. GB. neben Dienstentl. und Dienstentlassung.

8) nur im wirt. GB. s. vor. Note.

9) Die letzten drei Strafen s. im preuß. GB.

10) Art. 9. vgl. Entw. Art. 34, wo daneben auch von Folgen der Verurtheilungen die Rede ist.

11) so theilweise selbst das braunschw. und preuß. GB., noch mehr das östreichische, im höchsten Grade das thüringische und der sächs. Entwurf. s. auch bair. Entw. Art. 28.

12) Dies ist selbst dem bair. GB. trotz der Versicherung in Art. 23 widerfahren.

iſt dies aber ſehr zu beklagen, da man auf dieſe Weiſe leicht dazu kommen kann, das Inſtitut der infamia mediata von Neuem auszubrüten [1]). — Daß außerdem die neuen Geſetzgebungen auch in Beziehung auf die Reglung des Syſtems der entehrenden und nichtentehrenden Freiheitsſtrafen durchgängig noch mehr oder weniger im Argen liegen [2]), darüber ſ. Anm. 2. unter III. — Wo möglich noch verworrener geſtaltete ſich die deutſche Rechtsentwicklung ſeit dem Ende des MAs hinſichtlich der Frage über den Inhalt der Ehrloſigkeit [3]). Selbſt diejenigen unter den neueren Juriſten, welche mit Recht in der römiſchen Infamie, wie in der deutſchen Recht- (Ehr-) loſigkeit bloße Ehrenſchmälerungen ſehen, haben hierüber die verſchiedenſten Anſichten. Nach der einen [4]) ſoll das römiſche Inſtitut, nach der andern [5]) das deutſche im gemeinen deutſchen Rechte untergegangen ſein, während nach einer dritten [6]) beide neben einander ſich eingebürgert, nach einer vierten [7]) beide zu einem neuen eigenthümlichen Inſtitute ſich verſchmolzen haben ſollen; ja es wird ſelbſt behauptet [8]), das Inſtitut ſei rechtlich ganz inhaltslos (zu einer bloß moraliſchen Brandmarkung) geworden. Letzteres kann nun in keinem Falle angenommen werden. Denn, wenn es auch allerdings ein Mißverſtändniß der Reichs- und mancher Landesgeſetze war, die in Deutſchland herkömmliche Ehrloſigkeit mit der römiſchen Infamie zu identifiziren, ſo mußten doch die einzelnen rechtlichen Folgen, welche dieſe Geſetze mit der Ehrloſigkeit (wenn gleich aus Unkenntniß des röm. Rechts) verbanden, praktiſches Recht werden, ſo namentlich die Unfähigkeit zum Notariat [9]), zur Theilnahme

---

1) Andere Gründe gegen die Nachläßigkeit der Gbücher in genauer Aufzählung der durch Verbrechen verwirkten Ehrenrechte ſ. bei v. Wiek N. Arch. 1851. S. 3—8.

2) Nach allem dieſem ſtellt ſich die Kongruenz des modernen Rechts mit dem des MAs, welche Gerber a. a. O. §. 40. n. 1 ſo evident findet, in der Frage über die Fälle der Infamie noch ſehr problematiſch dar. Auch iſt, was er nr. 4. 5 anführt, längſt veraltet. Nur ein Streben nach jener Kongruenz läßt ſich zugeben.

3) Wie verworren die Begriffe ſind, iſt kaum glaublich. Während Feuerbach §. 71 in der röm. Infamie nur die Entziehung vorzüglicher Ehrenrechte ſieht, ſtellt ſie Tittmann §. 69 dem bürgerl. Tode gleich! Eben dies thut Feuerbach §. 71. 151. 152 der Sache nach mit der deutſchen Ehrloſigkeit, der er die „röm. Inteſtabilität" gleichſtellt. Ebenſo ſtellt Jarcke I. 284 die deutſche Ehrloſigkeit (im Unterſchiede von der Rechtloſigkeit) dem bürgerlichen Tode gleich und führt hiefür P.G.O. Art. 107. 122 an! Kaum mehr Verwirrung iſt bei Quiſtorp §. 77. n. h. zu finden! — ſ. auch Martin §. 89, Grolman §. 158, welche der röm. Infamie, Reyſcher u. A., welche der deutſchen Infamie einen viel zu weiten (moraliſchen od. mindeſtens juriſtiſch ungenauen) Begriff unterlegen.

4) ſ. beſ. v. Savigny Syſt. II. 224—230. Gerber §. 39. Reyſcher Wirt. Priv.R. §. 180 u. A.

5) Roßhirt Entw. S. 479; annähernd wenigſtens Birnbaum N. Arch. 1844. S. 168—171.

6) beſ. Eichhorn, Marezoll, Wächter a. a. O. vgl. jedoch Mittermaier in den krim. Beitr. I. 475—477.

7) Mittermaier n. 1. z. F. §. 71. Daß durch die Verſchmelzung erſt der Begriff entehrender Strafarten entſtanden ſein ſoll, iſt eine Angeſichts der Rechtsbücher unbegreifliche Behauptung. Auch die Anſicht, daß auf Ehrloſigkeit als eigene Strafe erkannt werden könne, iſt keineswegs erſt ein Produkt der P.G.O. ſ. z. B. Const. pac. 1235. art. 12 und die von Pertz cit. Parallelſtellen aus früheren Geſetzen.

8) v. Savigny a. a. O. S. 230. ſ. dag. Birnbaum a. a. O. S. 174. Auch widerſpricht v. Sav. ſich ſelbſt, ſ. S. 229.

9) Notar.O. 1512 §. 12.

an Zünften [1]) und andern dgl. Genoſſenſchaften [2]), relativ die Lehensunfähigkeit [3]). Aber außer dieſen Folgen hat das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht noch an mehreren andern feſtgehalten, namentlich an der Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern [4]), ſowie zur Advokatur und Prokuratur [5]), zum gerichtlichen Zeugniſſe [6]), vielleicht auch zur Führung einer Vormundſchaft [7]), und zu allen politiſchen aus dem Bürgerrecht fließenden Rechten [8]). Allein nicht minder gewiß iſt, daß das Rechtsbewußtſein, welches dieſes Gewohnheitsrecht trug, mit der Zeit erſchlaffte. Der Geiſt der Freiheit entſchlief mit dem politiſchen Leben, das ohnedies nach und nach auf die Korporationen reduzirt geweſen war. Selbſt die Zünfte hielten nicht überall mehr auf ihre Integrität [9]). Die Unfähigkeit zum gerichtlichen und Solennitätszeugniß wurde (nach römiſchem Recht ganz mit Recht) in Zweifel gezogen, ebenſo die Unfähigkeit zur Führung einer Vormundſchaft. Die altdeutſche Anſicht von der Realiſirung der Vollfreiheit in den gerichtlichen Ehrenrechten hatte aber mit der Einführung des fremden Rechts den Boden verloren. So blieb denn freilich von den Wirkungen der Ehrloſigkeit, abgeſehen vom Lehensverhältniß, eigentlich nichts übrig, als die Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern [10]) und amtsähnlichen öffentlichen Berechtigungen (Notariat, Advokatur, Prokuratur). Nur freilich war dieſer Rechtsſatz, wie in der römiſchen Kaiſerzeit, ein bloß bedingt, d. h. unter Vorbehalt der fürſtlichen Willkühr giltiger, welche auch keinen Anſtand nahm, dem Stande des Verbrechers zulieb durch die Finger

---

1) R.P.O. 1577. Tit. 38. §. 4. RSchl. 1731 §. 5. 13.

2) arg. die Beſtimmungen mancher Landesgeſetze, daß Ehrloſe auch vom Beſuch offener Zechen, Hochzeiten und aller ehrlichen Geſpielſchaften ausgeſchloſſen ſein ſollen. ſ. z. B. Wirt. LO. S. 202 und Geſetze bei Gerſtlacher II. 34. 157. 158. 162. Bad. LR. VII. 29. §. 1. 2. Blumer I. 409. Theres. art. 10. §. 7. vgl. §. 12.

3) Sächſ. Lehnr. §. 2. Vet. auct. I. §. 4. Anders das longob. Lehnrecht. — Der Satz galt als nicht bindend.

4) vgl. Wirt. LO. 1567. S. 202. Seeländer Pol.O. 1583. (Birnbaum a. a. O. S. 170. n. 36.) Ulm. VO. 1683. Tit. 2. (Jarcke III. 42. n. 47). Bad. LR. a. a. O. — mit RA. 1551. §. 80. R.P.O. 1577. Tit. 23. §. 2. P.G.O. Art. 107. Henneb. LO. VIII, 2. Theres. art. 10. §. 7.

5) Gerber a. a. O. §. 40. n.

6) Birnbaum a. a. O. S. 167. 188. vgl. Wirt. LR. I. 36. §. 4. III. 10. §. 7. Ther. l. c. vgl. §. 12.

7) vgl. die angef. Ulm. VO. Wirt. LO. Tit. 32. §. 2. 3.

8) Theres. l. c. „Burgerrecht . . . ſolche Vorzüglichkeiten im gemeinen Weſen."

9) ſ. z. B. Wirt. Müllerordnung Art. 25. (Wächter Strafarten S. 228). Auch die Unfähigkeit zum Beſuch ehrlicher Geſellſchaften ꝛc. kam in Abgang. Wächter eb. S. 214 ob. Politiſche Wahlrechte ruhten unter dem ſtillen Druck des Patrimonial-Polizeiſtaats.

10) Wenn v. Savigny S. 221 auch dieſe beſtreitet, ſo geht er zu weit. Er ſelbſt giebt S. 201 zu, daß der Rechtsſatz durch alle Zeiten der Kaiſerregierung fortbeſtanden habe. Allerdings haben nun (S. 202) die Kaiſer bei dieſer Rechtsregel, wie bei andern, ihre despotiſche Willkühr eingemiſcht. Dadurch haben ſie aber die Rechtsregel nicht aufgehoben; es würde ſonſt vom neuſten röm. Recht überhaupt wenig übrig bleiben. Jedenfalls haben die deutſchen Reichs- und Landesgeſetze den Satz als wirkliche Rechtsregel anerkannt und er iſt als ſolcher auch im Rechtsbewußtſein erhalten geblieben, daher man denn ſolche neu aufgekommene Strafarten, die nicht einmal rechtlich, ſondern nur nach der Volksanſicht infamirten, als zu öff. Aemtern unfähig machend anſah. Wächter Strafarten S. 57. Hofacker Jahrb. III. 362—265.

zu ſehen, daher denn auch Geſetzgebung und Praxis kein Arg daran hatten, entehrenden Strafen bei Verbrechern von Stand manchmal nicht entehrende zu ſubſtituiren [1]). So mußte es freilich zuletzt dahin kommen, daß der Begriff der Ehrloſigkeit juriſtiſch immer leerer und unbeſtimmter wurde und in die vage Volksvorſtellung einer moraliſchen Brandmarkung übergieng, von welcher ſich endlich auch viele Juriſten anſtecken ließen [2]). So war es auch hier der neueren Geſetzgebung vorbehalten, erſt wieder feſte Rechtsregeln zu ſchaffen, wobei ſie denn in dem wieder erwachten Nationalbewußtſein [3]) und in der Begründung neuer politiſcher Zuſtände einen reichen Boden vorfand. Abgeſehen von dem im bair. GB. aufgenommenen bürgerlichen Tode hat dieſes ſelbſt (Art. 23) und ſämmtliche übrigen neuen deutſchen Geſetzgebungen die Ehrloſigkeit [4]) nur als Ehrenſchmälerung, d. h. als Verminderung der Rechtsfähigkeit, und zwar vor Allem in Beziehung auf politiſche Rechte aufgefaßt. Im Einzelnen weichen ſie freilich vielfach von einander ab, wie denn namentlich einige den Adel ſelbſt, andere nur deſſen politiſche Rechte verloren gehen laſſen, einige den Verluſt der Nationalkokarde, der Zunftrechte, des Rechts Waffen zu tragen ꝛc. erwähnen, andere nicht u. ſ. f. [5]), wiederum einige eine Mehrheit von Ehrenſchmälerungsſtufen kennen, die in andern nicht vorkommt ꝛc. Iſt dies zum Mindeſten ein trauriges Zeichen der mangelnden Einheit des Rechtsbewußtſeins [6]), ſo iſt insbeſondere noch zu beklagen, daß faſt alle neueren Geſetzgebungen die Ehrloſigkeit lebenslänglich eintreten laſſen [7]), und nur einige neben dieſer lebenslänglichen auch eine zeitliche Entziehung der Ehrenrechte kennen [8]). In das Einzelne einzugehen iſt übrigens nicht räthlich, da einerſeits in dem Hauptprinzip, der Ehrloſigkeit vorzugsweiſe die Entziehung der politiſchen Berechtigungen des Gemeinde- und Staatsbürgerthums, der Fähigkeit zu Aemtern und amtsähnlichen Berechtigungen [9]),

---

1) Wächter a. a. O. S. 43. 48. 49. vgl. Theres. art. 10. §. 9. 12. (Dieſe verband freilich mit der Ehrloſigkeit auch den Verluſt der testam. factio act. und passiva!).

2) vgl. z. B. Quiſtorp, und theilweiſe wenigſtens Klein, Kleinſchrod, Feuerbach, Grolman, Tittmann, Jarcke, Reyſcher u. A. ſ. auch v. Savigny S. 230. Mittermaier n. 1 z. F. §. 71. Birnbaum a. a. O. S. 173. 174.

3) ſ. das in dieſer Beziehung noch dürftige preuß. LR. im Vergleich mit den ſeit dem Aufſchwung Preußens, ſeiner militäriſchen Wiedergeburt, der Gründung einer Munizipalverfaſſung ꝛc. erfolgten vielfachen, die Ehrenrechte betreffenden Verordnungen und Reſkripten b. Mannkopf S. 30—53 und das rev. öſtr. GB. §. 26. 27 in Vergleich mit dem von 1803 §. 23.

4) Die frühere Begriffsverwirrung gieng ſo weit, daß noch jetzt z. B. Leonhardt S. 31. 32 Anſtand nimmt, der vom hannövr. GB. feſtgeſetzten Ehrloſigkeit dieſen Namen zu geben. Wie mangelhaft es übrigens iſt, die Ehrloſigkeit nur an die Strafart zu knüpfen, zeigt das S. 32. n. 10 aus andern hannövr. Geſetzen Angef., welche von entehrenden Verbrechen reden.

5) Hie und da kommt auch Eigenthümliches vor, z. B. im öſtr. GB. §. 26 die Ausſchließung von der Redaktion periodiſcher Druckſchriften, im bair. Entw. Art. 28 die Entziehung des Rechts zu Jagdkarten ꝛc. Ungenau iſt Marezoll S. 155.

6) z. B. beſonders hinſichtlich der Fähigkeit zum Waffendienſt.

7) Nur das wirtemb. Recht ausgenommen. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 18. vgl. Hye S. 408 in der Note.

8) ſo namentlich das wirt. und preuß. GB.

9) wohin namentlich auch der Geſchwornenberuf gehört.

zur Führung von Orden, Würden, Titeln und Ehrenzeichen, der vollen Zeugniß- und Vormundschaftsfähigkeit zur Folge zu geben, allgemeine Uebereinstimmung herrscht, andrerseits bei der Unsitte mehrerer neueren Gesetzgebungen, gerade in dieser Frage auf anderweitige Gesetze zu verweisen, die Darstellung schwerlich erschöpfend ausfallen könnte [1]). — Noch weniger erscheint es als zweckmäßig, eine Darstellung der schon ob. kritisch beleuchteten Freiheitsstrafensysteme der neueren Gbücher im Detail zu versuchen. Jedes solche System ist vermöge seiner vielen verschiedenen Beziehungen, z. B. auf die disziplinarische Behandlung in verschiedenen Anstalten, auf die Zulässigkeit von Schärfungsmitteln, auf das Verhältniß der Strafarten zu einander hinsichtlich der Dauer, der Intensität, besonders der Ehrenfolgen, ferner auf die Sonderung der jugendlichen Verbrecher von den erwachsenen, auf die Frage hinsichtlich der relativ selbständigen Berechtigung des Besserungszwecks, daher auf das leitende Prinzip hinsichtlich der Einrichtung der Strafanstalten überhaupt und ihrer Unterscheidung ꝛc. — etwas so sehr Komplizirtes, daß eine übersichtliche Darstellung einer ganzen Reihe solcher Systeme [2]) geradezu unmöglich erscheint, vielmehr die Schilderung, wenn sie irgendwie befriedigend ausfallen soll, durchaus den Schriften über Partikularrecht überlassen werden muß [3]). Wie mangelhaft die neuen Gbücher gerade in Beziehung auf die dringendsten Bedürfnisse hierin im Ganzen noch sind, ist schon ob. gezeigt, und erklärt sich aus der Geschichte der Entstehung der Freiheitsstrafen in Deutschland, soweit sie im Einzelnen bekannt ist [4]). — Aus dem gleichen Grunde wird hier auch von der Erörterung der in Beziehung auf die oft eintretende Nothwendigkeit der Strafverwandlung, resp. der Strafänderung sehr wichtigen Lehre von der Koordination und Subordination der verschiedenen Strafarten [5]) Umgang genommen. Auch diese kann auf befriedigende Weise nur an der Hand eines bestimmten Strafensystems dargestellt werden [6]).

---

1) Eine instruktive Darstellung darf man daher auch bei Mittermaier n. 3 z. F. §. 71 nicht zu finden hoffen.

2) s. eine solche bei Mittermaier n. 3 z. F. §. 143 und tabellarisch bei Hefftter zu §. 139.

3) Wie viel man hier zwischen den Zeilen eines Gbuchs zu lesen hat, zeigt die vortreffliche Darstellung von Wächter (Strafarten).

4) Eine genaue Darstellung dieser Geschichte wäre ein verdienstliches Werk.

5) Ueber das Wenige, was sich nach gemeinem Rechte darüber sagen ließ, s. Kleinschrod III. §. 110 ff. Tittmann §. 77 f. Hefftter §. 140. 141. Martin §. 96. 97. Wächter §. 104 und die dort charakterisirten Abh. von Mögling und von Quistorp.

6) Was gewöhnlich über die Eintheilung der Strafen vorgetragen wird, ist, soweit es Erheblichkeit hat, schon in die bisherige Ausführung verflochten worden (z. B. römische Kapital- und Nichtkapitalstrafen, öffentliche und Privatstrafen, Strafen an Hals und Hand und an Haut und Haar, Censuren und eigentliche Strafen ꝛc., gemeine und besondere Kriminal- und Polizei-, resp. Disziplinarstrafen ꝛc.) Partikularrechtlich findet sich der Unterschied von schweren und leichten (Hannover), peinlichen u. bürgerlichen (Baden, vgl. Feuerbach §. 136) Verbrechens- und Vergehens- (Oestreich) Strafen. Die Eintheilung in bestimmte und unbestimmte, ordentliche und außerord., resp. willkührliche Strafen hängt mit einer erst unten vorzutragenden Lehre zusammen.

Zweites Kapitel.

Der Tod des Verbrechers.

§. 126.

Die Möglichkeit, wie die Nothwendigkeit der angemessenen Wiederaufhebung des Verbrechens mittelst der Strafe fällt weg durch den Tod des Verbrechers (§. 114). Denn die Vollziehung der Strafe ist wesentlich bedingt durch das physische Dasein des Verbrechers. Und zwar gilt dies auch von den Vermögensstrafen, die nur dann vollzogen werden können, wenn noch bei Lebzeiten des Verbrechers eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist. Daß in diesem Falle die Vollziehung auch noch nach dem Tode des Schuldigen erfolgt, bildet keine Ausnahme von dem Prinzip, da hier die Strafe den noch Lebenden getroffen hat und als noch bei seinen Lebzeiten vollzogen gedacht werden muß, daher sein Vermögen eben nur nach Abzug der verfallenen Summe an seine Erben übergehen kann. — Dagegen ist es ein das Strafrecht gar nichts angehender Grundsatz, daß die aus dem Verbrechen hervorgehenden civilrechtlichen Verbindlichkeiten durch den Tod des Verbrechers in keiner Weise alterirt werden, wohin auch die fiskalischen Ansprüche auf die commissa und scelere quaesita gehören. N. Rev. §. 216.

1) Es ist unrichtig, wenn häufig der Tod gegenüber der Verjährung ꝛc. nur als faktischer oder physischer Grund der Tilgung des Verbrechens aufgeführt wird [1]). Auch bei der Verjährung wirkt ebenso ein physischer Grund, die Macht der Zeit [2]). Aber der Grund, welcher die Bestrafung ausschließt, ist in beiden Fällen ein rechtlicher, da man sonst Strafen am Leichnam nicht unrechtlich finden könnte [3]). Dieser rechtliche Grund nun liegt beim Tode nicht darin, daß die Strafe bloß den Schuldigen treffen darf, mithin nicht vererblich ist [4]), sondern lediglich in der Natur der Strafe selbst, die nur den Willen zum Gegenstand hat und daher schlechthin wegfallen muß, wo dieser Wille nicht mehr existirt [5]), wovon es dann nur eine Selbstfolge ist, daß Strafe niemals auf die Erben über-

---

1) Feuerbach §. 70. Abegg §. 157. Klenze S. 93. Jarcke I. §. 54. Wächter I. §. 127. 128. Bauer §. 130. s. jed. not. a. Tittmann §. 60.

2) N. Rev. §. 216. 217.

3) Dies ist freilich bei Feuerbach nicht der Fall (§. 137), wohl aber bei Abegg S. 257. 258.

4) Als Hauptgrund führt dies Marezoll S. 203 an, wenigstens als Nebengrund Hefftter §. 191, wogegen Feuerbach §. 138. 139 diesem Punkte seine richtige Stellung giebt.

5) Grolman §. 150. Stübel Krim.verf. §. 1368—70. Martin §. 102. Abegg §. 175. Hefftter §. 191 (der jedoch gleichwohl die damnatio memoriae und die Versagung des ehrlichen Begräbnisses zu rechtfertigen sucht!).

gehen kann. Es ſind daher Strafen am Leichnam [1]), damnatio memoriae, Verſagung des ehrlichen Begräbniſſes u. dgl. durchaus zu verwerfen [2]). Mit dem Tode dürfen daher auch nicht Flucht, Krankheit u. a. faktiſche Hinderniſſe der Strafvollziehung in Eine Linie geſtellt werden [3]). Vielmehr gehört er, wie die Verjährung, in Eine Linie mit der Verbüßung der Strafe [4]). Nicht nur aber die Vollſtreckung ſchon rechtskräftig erkannter Strafen (ausgenommen die Vermögensſtrafen ſ. den §) wird durch den Tod ausgeſchloſſen, ſondern auch die Eröffnung, resp. Fortſetzung der Unterſuchung [5]).

2) Ueber die Tilgung des Verbrechens durch Erleiden der Strafe ſollte gar nicht beſonders die Rede ſein müſſen [6]). Es geſchieht daher nur, um die irrigen Beſchränkungen abzuweiſen, die hiebei hie und da gemacht werden [7]), namentlich daß die Strafe nicht von einem ausländiſchen Staat auferlegt worden ſei. Dies iſt geradezu falſch [8]). Wenn ferner die Reſtriktion gemacht wird, daß nicht wegen Konkurrenz eines bei der früher ausgeſprochenen Strafe nicht berückſichtigten Strafgeſetzes oder wegen des geſetzlich Ungenügenden des zuerſt auferlegten Strafleidens noch eine zuſätzliche Beſtrafung nöthig erſcheine, ſo iſt dies keine Ausnahme, ſondern eine Beſtätigung der Regel, da es ſich hier ja eben von einer noch nicht durch Strafe getilgten Partikel von Strafbarkeit handelt [9]). Ebenſowenig liegt eine Ausnahme in dem ſich von ſelbſt verſtehenden Satze, daß durch die Erſtehung der Strafe die privatrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Delikte nicht getilgt werden [10]), desgleichen in dem Satze, daß die Ehrloſigkeit die anderweitige Strafe überdauert [11]) (denn ſie iſt ja ſelbſt als Strafe aufzufaſſen), ferner

---

1) Klein de execut. in cadav. 1699. Cocceji de just. poenae in abs. vel mortuos stat. 1711. Carpzov qu. 131. n. 41. Quiſtorp §. 94 und noch Feuerbach §. 137. ſ. dag. Kleinſchrod III. §. 91. 92 und alle Neueren.

2) A. M. Hefftter §. 191. ſ. dag. Roßhirt Entw. S. 373. 374 und wohl alle Neueren. vgl. indeſſen Grolman §. 150. n. a. Tittmann §. 60.

3) wie von Abegg, Klenze, Tittmann, Wächter ꝛc. geſchieht. ſ. dagegen Bauer §. 130. not. a. Marezoll S. 200. Nur der Eintritt einer unheilbaren Geiſteskrankheit würde hierher gehören. Allein die Unheilbarkeit wird wohl ſelten ſchon im erſten Augenblick ausgeſprochen werden können. ſ. auch Abegg S. 259. — Gegen die älteren rohen Anſichten über dieſen Fall ſ. Kleinſchrod II. §. 60. vgl. Hefftter §. 194.

4) Dieſe, der Hauptpunkt, wird von Bauer in einer Note abgemacht!

5) Das gem. Recht weicht allerdings mehrfach ab. ſ. überhaupt Reddingius de vi et effectu mortis ꝛc. 1823.

6) N. Rev. S. 908—910. vgl. l. 33 D. de poen. (48. 19). l. 23 C. eod. (9. 47).

7) Hefftter §. 181.

8) ſ. ob. §. 23, wornach das N. Rev. S. 909. 910 Geſagte theilweiſe zu berichtigen iſt. Abegg S. 247. Marezoll S. 200. not. 7. Nach den neueren Gbüchern muß freilich theilweiſe anders entſchieden werden. ſ. zu §. 23. Den richtigen Grundſatz befolgt das wirt. Recht. ſ. Hufnagel I. 284. II. 883. St.GB. m. Anm. S. 124. n. 2.

9) Abegg a. a. O.

10) Feuerbach §. 134. Anders freilich nach dem früheren Rechte, ſo lang es die Begriffe von Strafe und Schadenserſatz nicht gehörig zu ſondern wußte. Eiſenhardt Deutſch. Recht in Sprichwörtern S. 499.

11) Daß dies freilich in keinem Falle für die ganze Lebenszeit angeordnet ſein ſollte, darüber ſ. §. 125. Anm. 1. unter II. und III.

in dem Einfluſſe des abgebüßten Verbrechens auf die Beurtheilung eines Rückfalls [1]) u. ſ. f. — Der Erſtehung der Strafe wird häufig noch die Freiſprechung zur Seite geſtellt [2]) (ſoweit nicht auch gegen ein freiſprechendes Erkenntniß noch Wiederaufnahme der Unterſuchung zuläßig iſt). Allein es gehört dies gar nicht hierher, da ja betr. Falls ein zu tilgendes Verbrechen geradezu verneint wird [3]).

3) Es iſt theils eine Folge der unrichtigen Motivirung des Grundſatzes, theils eine Folge der Gebundenheit durch gewiſſe Beſtimmungen des römiſchen Rechts, wenn nicht ſelten das im § hinſichtlich der Vermögensſtrafen Angeführte als Ausnahme von dem Prinzip bezeichnet wird [4]). Nicht minder unrichtig iſt es jedoch, wenn Andere auch die gedachten römiſchen Beſtimmungen, welche noch nicht rechtskräftig erkannte Geldſtrafen auf die Erben übergehen laſſen, nicht als Ausnahme von dem Prinzip gelten laſſen [5]). Um ſo mehr iſt es nöthig, den (von der neueren Geſetzgebung richtig anerkannten) Rechtsſatz zunächſt für ſich feſtzuſtellen und von der Verwirrung durch geſchichtliche Zufälligkeiten frei zu halten.

4) Der Satz, daß der Tod die civilrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Delikte nicht aufhebt [6]), gehört nur inſofern hierher, als erwähnt werden muß, daß unter dieſe Verbindlichkeiten auch die zur Herausgabe der commissa und scelere quaesita an den Fiskus gehören [7]).

5) Das poſitive Recht hat ſich in dieſer Frage mancherlei Mißgriffe zu Schulden kommen laſſen. Dahin gehört aus dem römiſchen Recht, das übrigens den Grundſatz ausdrücklich ausſpricht [8]), — a) die beim crimen majestatis und

---

1) Wenn freilich beim Rückfalle in Doktrin und Geſetzgebung hie und da das Prinzip aufgeſtellt wird, daß die frühere Strafe als fruchtlos erſtanden (neben der neuen) wiederholt werden müſſe, ſo iſt dies allerdings eine ſchreiende Verletzung jenes Axioms der Gerechtigkeit; es iſt aber eben auch ſchlechthin verwerflich. — vgl. Abegg N. Arch. 1834. S. 415 ff. Martin §. 102.

2) ſ. Abegg §. 165. Heffter §. 182. Marezoll S. 200. n. 4.

3) N. Rev. S. 909. Abegg S. 248.

4) ſ. z. Feuerbach §. 70. Bauer §. 135. Wächter §. 128. Marezoll S. 204. 205.

5) z. B. Abegg §. 175, theilweiſe auch Jarcke I. §. 54. Nicht genau ſpricht ſich Martin §. 99. 102 aus. ſ. dag. die ganz richtige und klare Ausführung bei Kleinſchrod II. §. 38, der aber freilich dem poſitiven Recht Gewalt anthut. Tittmann §. 60 will übrigens nicht einmal die bei Lebzeiten des Verbrechers erkannten Geldſtrafen auf die Erben übergehen laſſen! Ebenſo wieder Zachariä N. Arch. 1853. S. 398 ff. Roßhirt Entw. S. 376—384 bekümmert ſich angeblich gar nichts um die Natur der Sache, thut es aber doch und bringt gerade das verkehrte Reſultat heraus.

6) Ueber die Streitfrage, wie weit hier die Verbindlichkeit der Erben nach römiſchem, kanoniſchem und gemeinem deutſchem Rechte reiche, ſ. das Privatrecht. vgl. übr. Roßhirt Entw. S. 374. 375. Heffter §. 193.

7) L. 14 D. de publican. (39. 4). l. 9 D. de j. fisci (49. 14). l. 12 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 14 D. ad l. Jul. pecul. (48. 13). l. 5 pr. D. de calumn. (3. 6). Weidlich de j. fisci c. persecut. eorum quae scel. quaesita sunt. 1752. Kleinſchrod III. §. 72. Tittmann I. §. 71. Heffter §. 178. 192. n. 8. 193. vgl. für Wirtemberg StrafGB. Art. 368. Abgabengeſ. v. 1821. §. 14. Zollſtrafgeſ. 1838. Art. 21. — vgl. die franzöſ. Anſichten b. Hélie traité de l'instr. crim. III. p. 512 sq. Anders z. B. im öſtr., hannövr. ꝛc. GB.

8) L. 11 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 20 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 4 D. de requir. vel abs. (48. 17). T. C. si reus vel accus. (9. 6).

bei krim. Angeklagten, die ſich aus Furcht vor der Strafe entleiben, eintretende damnatio memoriae [1]), — b) die Beſtimmung, daß bei den crimina extraordinaria die Vermögensſtrafe auf die Erben übergehen ſolle, ſobald nur accusatio mota geweſen ſei [2]), — c) daß bei den crimina ordinaria der Prozeß hinſichtlich der ausdrücklichen Vermögenskonfiskation nach dem Tode des verurtheilten Angeklagten wenigſtens in der Provokationsinſtanz fortgeführt werden könne [3]), — d) daß beim Hochverrath, dem crimen repetundarum, und der Deſertion auch die ſtillſchweigende Vermögenskonfiskation erfolgen ſolle, ohne daß der Angeklagte bei ſeinen Lebzeiten verurtheilt geweſen zu ſein brauche [4]), — e) daß das Gleiche auch dann geſchehen ſolle, wenn der Angeklagte ſich aus Furcht vor der Strafe ſelbſt entleibt habe [5]). Dagegen blieb im Uebrigen bei den crimina ordinaria hinſichtlich ſtillſchweigender Konfiskationen die Regel: crimen exstinguitur mortalitate aufrecht erhalten [6]). Bei Privatdelikten dagegen giengen allerdings, ſobald nur gegen den noch lebenden Erblaſſer wenigſtens accusatio mota geweſen war, die Vermögensſtrafen auf die Erben über, auch wenn er vor dem Urtheil ſtarb [7]); allein dies beruhte eben nur auf der vorwiegend civilrechtlichen Natur dieſer Delikte. — Sowohl die damnatio memor. als die Entziehung des ehrlichen Begräbniſſes wurde in Deutſchland aus dem fremden Recht rezipirt [8]). Von Strafen am Leichnam wiſſen die Geſetze nichts [9]); dagegen iſt es nicht minder gewiß, daß die Praxis vom 17. Jahrh. an ſolche vollzog, theilweiſe ſelbſt wenn kein Urtheil gegen den Lebenden mehr erfolgt war [10]). — Was dagegen

---

1) §. 3 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 11 §. 3 D. de his qui not. (3. 2). l. 35 D. de relig. (11. 7). l. 24 D. de poen. (48. 19). Schreiter de damn. mem. 1689. Wolle de damnata mem. 1776. Kleinſchrod III. §. 93.

2) l. 20 D. de accusat. (48. 2). A. M. Kleinſchrod II. §. 38. ſ. dag. Roßhirt Lb. S. 103. n. 4. Marezoll bürg. Ehre S. 46 ff. Wächter I. S. 275.

3) L. 6 C. si reus vel accus. (9. 6). l. un. pr. D. si pend. appell. (49. 13). l. 3 C. eod. (7. 66). l. 13 §. 2 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 2 D. de bon. eor. qui ante sent. (48. 21). Marezoll a. a. O. Zweifel b. Roßhirt Entw. S. 378—380. Eine Halbheit war die Beſtimmung jedenfalls.

4) L. 20 D. de accusat. (48. 2). l. 11 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 2 C. ad l. Jul. repet. (9. 27). l. 4 C. de re milit. (12. 36). Gegen die Ausdehnung auf Ketzerei wegen l. 4 §. 4. 5 C. h. t. (1. 5) ſ. Matth. ad 48, 18. c. 2. n. 6.

5) L. 3 D. de bon. eor. qui ante sent. (48. 21). l. 1. 2 C. eod. (9. 50). l. 2 C. ubi caus. fisc. (3. 26).

6) L. 20 D. de accusat. (48. 2). l. 2 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 5 C. si reus vel accus. (9. 6).

7) L. 26. 33 D. de O. et A. (44. 7). §. 1 J. de perp. et temp. act. (IV. 12).

8) vgl. Csa. 24. qu. 2. c. 6. — c. 12 X. de sepult. (3. 28). Clar. §. fin. qu. 51. n. 13 sq. Carpzov qu. 2. n. 30. 31. J. H. Böhmer Exerc. ad Pand. II. ex. 42. Hübner über Ehre ꝛc. S. 126 ff. Meiſter rechtl. Erk. II, 49. Beſonders beim Selbſtmord erhielt ſich das unehrliche oder wenigſtens unfeierliche Begräbniß. Damn. mem. ſ. noch im bair. GB. Art. 301.

9) Kleinſchrod III. §. 94. Wächter I. S. 276. Partik.Geſetze indeſſen doch. ſ. z. B. Theres. art. 4 §. 16. ſ. auch folg. Note.

10) Farinac. qu. 10. n. 77—80. Berlich. IV. concl. 5. n. 99. Carpzov qu. 131. n. 27 sq. Heig II. qu. 37. n. 32 sq. Quiſtorp §. 94 (ſ. indeſſen die Urth. b. Carpz. l. c. n. 36. 43. 46. 47). Preuß. LR. §. 805. Wirt. Duelledikt 1738. Art. 6 und Geſ. 18. Jan. 1812 (Selbſtmord); bei dieſem ſcheint es auch früher beſonders im Gebrauch geweſen zu ſein. ſ. d. Urtheile b. Carpz. n. 50. 51. vgl. noch Böhmer ad C. qu. 131. obs. 3. Koch instit. §. 95.

den Uebergang der Vermögensstrafen auf die Erben betrifft, so fiel für das gemeine deutsche Recht aus dem römischen das hinweg, was sich auf die stillschweigenden Konfiskationen bezog. Es hätte daher auch das oben unter e) Angeführte wegfallen sollen; allein die P. G. O. Art. 135 hat die fragliche Bestimmung auf die ausdrücklichen Konfiskationen übergetragen [1]). Ebenso gieng die Bestimmung unter d) in das deutsche Recht über [2]). Dasselbe ist von der unter c) anzunehmen [3]). Dagegen ist die unter b) mit Recht nicht beachtet, vielmehr auf die crim. extraordinaria gleichfalls der Satz ausgedehnt worden, daß der Schuldige selbst mindestens noch in erster Instanz verurtheilt worden sein müsse, wenn die Strafen auf die Erben übergehen sollen [4]). Bei den Privatdelikten lag kein Grund vor, vom römischen Rechte abzuweichen [5]). Die neueren Gbücher kennen Strafvollziehungen am Leichnam nicht mehr [6]); auch nicht mehr die damnatio memoriae (ausgen. das bair. GB. Art. 301). In Beziehung auf Vermögensstrafen stellen sie den richtigen Grundsatz auf, daß dieselben nur dann auf die Erben übergehen, wenn sie bei Lebzeiten des Erblassers erkannt worden sind [7]). Nur das preuß. LR. (I, 9. §. 363. 364) ließ dies schon dann eintreten, wenn die Untersuchung gegen den Erblasser so weit geschlossen worden ist, daß der rechtlichen Festsetzung nichts weiter im Wege stand, und Konfiskationsurtheile selbst dann vollstrecken, wenn der Erblasser den Schluß der Untersuchung nicht mehr erlebt hatte [8]). Dabei unterscheiden sie sich dadurch, daß die einen beim Tode des Verurtheilten in der Appellationsinstanz den Prozeß fortgehen lassen [9]), resp. den Erben den Gebrauch von (durch den Erblasser selbst

---

1) Marezoll bürgerl. Ehre S. 330 ff.

2) Die Praxis scheint sie jedoch nur beim Hochverrath beachtet zu haben. Quistorp §. 76. Kleinschrod III. §. 67.

3) Wächter I. S. 276 ob. Heffter §. 192. n. 12. Marezoll S. 204. vgl. Quistorp §. 87. Sehr ungenau ist Carpzov qu. 131. n. 7—10. s. dag. d. ital. Liter. b. Farin. qu. 10. n. 45 sq.

4) Farin. l. c. bes. n. 54. Böhmer ad Carpz. qu. 131. obs. 1. Cocceji de oblig. hered. S. 4 §. 50. Koch §. 80. Wernher VII. obs. 15. Quistorp §. 87. not. b. (der freilich sehr willkührlich mit dem röm. Recht verfährt). Kleinschrod II. 38. 39 (gleichfalls das röm. Recht mißverstehend). Heffter §. 192. n. 7. Dagegen halten das römische Recht (gegen die vielfach bezeugte Praxis) für geltend Wächter und Marezoll a. a. O. Roßhirt Entw. S. 380 ff. findet es sogar in der Natur der Sache gegründet, daß bei uns alle Vermögensstrafen sogleich mit der accusatio mota auf die Erben übergehen!

5) Wenn Böhmer, Quistorp a. a. O., Feuerbach §. 139, Jarcke I. §. 54. n. 1 ꝛc. ꝛc. hierüber schweigen, so liegt der Grund wohl darin, daß die Praxis (und mit Recht) den Privatgeldstrafen überhaupt nicht günstig war. Freilich ist Quistorp in seinen Beitr. nr. 39. S. 576 f. vielfach willkührlich und inkonsequent, aber nicht so sehr, als es Roßhirt S. 383. 384 behauptet und jedenfalls sieht er in der Sache selbst, im natürlichen Rechtspunkt klarer, als dieser, der hier wieder ganz ohne Noth alles Heil in der Rechtsgeschichte allein sucht.

6) s. zwar Preuß. LR. §. 805. vgl. aber Reskr. 24. Okt. 1812 (Mannk. S. 362).

7) ebenso im französ. Recht. Nach dem östr. GB. §. 24 (202). 527 (271) erlischt mit dem Tode alle Strafbarkeit und Strafanwendung ohne Ausnahme.

8) Letzteres spricht auch das preuß. GB. §. 20, 2 aus. s. o. Anm. 4. vgl. Temme Glossen S. 82. 83. Goldtammer I. 203—205.

9) Bair. GB. Art. 138. vgl. den neueren Entw. Art. 69 u. d. Mot. dazu.

noch nicht eingewendeten) Rechtsmitteln geſtatten [1]), wogegen die übrigen Vermögensſtrafen nur dann auf die Erben übergehen laſſen, wenn das Erkenntniß noch bei Lebzeiten des Erblaſſers rechtskräftig geworden iſt [2]). — Noch iſt aber auch in den neuſten Rechten großentheils ein Reſt alter Barbarei erhalten geblieben: die Verſagung eines ehrlichen oder wenigſtens des ſonſt üblichen Begräbniſſes. Am wenigſten darf es freilich verwundern, derlei (Ablieferung des Leichnams auf die Anatomie [3]), oder Einſcharrung neben dem Richtplatze [4]), oder mindeſtens außerhalb des Todtenackers) [5]) im Gefolge der Todesſtrafe zu finden. Nur das preuß. GB. §. 9 (u. die heſſiſchen Entwürfe v. 1824 an) macht ſich von der Rohheit verjährter Vorurtheile los. Im Zuſammenhang mit jenen Vorſchriften ſteht die ähnliche Behandlung ſolcher, die zur Todesſtrafe verurtheilt ſind, aber vor der Vollziehung ſterben [6]), wenigſtens dann, wenn ſie ſich ſelbſt entleiben [7]). Ueberhaupt aber wird gegen Selbſtmörder, auch wenn ſie keineswegs durch den Tod ſich einer Strafe entziehen, noch hie und da die alte Rohheit beibehalten, ihre Leichname auf die Anatomie zu ſchicken, resp. ihnen ein gehöriges Begräbniß zu verſagen [8]).

---

1) Sächſ. GB. Art. 74. Das thüring. Art. 68 ſpricht bloß von ergangenen (?) Erkenntniſſen. In Reuß iſt näher beſtimmt, daß die Erben ein vom Erblaſſer noch eingewendetes Rechtsmittel ausführen oder fallen laſſen, resp. wenn derſelbe innerhalb der Nothfriſt ohne Erklärung ſtarb, während des Laufs derſelben noch die zuſtändigen Rechtsmittel ergreifen können. Ueber alternative Geldſtrafen in Sachſen ſ. Held und Siebdrat S. 136.

2) Hannövr. GB. Art. 87. Braunſchw. §. 67. Heſſ. Art. 123. Zürich. §. 67. Nicht erwähnt iſt der ganze Punkt im preuß. und bad. GB. ſ. dag. auch wirtemb. Geſ. üb. d. priv.rechtl. Folgen. Art. 7. (Hier ſind jedoch nicht nur ſ. o. Anm. 4 die commissa ausgenommen, ſondern es bezieht ſich die Beſtimmung auch nicht auf die noch zuläſſigen Privatſtrafen (namentlich bei der actio injur. aestim.), für welche es bei der Regel des römiſchen Rechts bleibt. Wächter Erläut. S. 41. n. 88 a). ſ. auch Zachariä N. Arch. 1853. S. 396—398, beſ. n. 4. 5 (gegen Hefftter).

3) Wirt. VO. 23. April 1829 (vgl. VOen von 1809. 1810!). Wächter Strafarten S. 19—21. Sächſ. VO. 4. Juli 1829.

4) Oeſtr. GB. 1803. §. 450. Strafproz.O. 1850. §. 470. — Von 1853 §. 323!

5) Sächſ. GB. Art. 6 (resp. Ablieferung an die Anatomie), ebenſo der neue Entw. Art. 9, desgl. in Hannover ſ. Leonhardt I. S. 89. 90, in Heſſen ſ. Breidenbach I. 1. S. 313—316 (gegen den humanen Entwurf!).

6) Sächſ. GB. Art. 74 (in Altenburg geſtrichen), nur ſollen ſie, wenn ſie nicht an die Anatomie abgeliefert werden, wenigſtens auf dem Gottesacker, wenn auch an einem abgeſonderten Platz, in der Stille begraben werden; — Selbſtmörder ſind dabei nicht ausgeſchloſſen. Weiß S. 302. vgl. dag. Temme Gloſſen. S. 67.

7) In Wirtemb. Verſcharrung durch den Nachrichter an einem abgelegenen Ort. Hufnagel II. S. 7. Ueber Preuß. LR. §. 804. 805 ſ. Goldtammer I. 200.

8) Außer Preuß. LR. §. 803 und Oeſtr. GB. 1803. II. §. 92. ſ. z. B. das Wirtemb. Recht bei Hufnagel II. S. 7., das hannövriſche bei Leonhardt I. S. 331. n. 4.

Drittes Kapitel.

Die Verjährung.

§. 127.

Aber auch bei Lebzeiten des Verbrechers wird die Strafe ausgeschlossen durch die Verjährung (§. 114), indem die unendliche Macht der Zeit theils das Andenken der That oder wenigstens ihre verletzende Eigenschaft aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein tilgt, theils die Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens im Innern des Thäters mit sich führen kann, bei Vereinigung beider Voraussetzungen aber der Zweck der Strafe nach seinen beiden Seiten (objektive Genugthuung für das im Gesetze ausgesprochene allgemeine Rechtsbewußtsein — und Wiederherstellung des Willens des Thäters zur Einheit mit dem vernünftigen Allgemeinwillen) sich von selbst aufhebt. Und zwar rechtfertigen diese Gründe nicht nur die Ausschließung der Untersuchung oder Anstellung der Klage, sondern auch das Wegfallen der bereits zuerkannt gewesenen Strafe. N. Rev. §. 217.[1])

1) Die Rechtmäßigkeit, resp. Zweckmäßigkeit der Verjährung in Strafsachen (abgesehen von dem positiven Rechte, das sie entschieden anerkennt) wird hie und da geläugnet, ja sie ist als widerrechtlich und für den Staat gefährlich

---

1) Böhmer Lit. S. 648 f. Kappler S. 276—281. — Lauterbach de crim. praescript. 1655. (Diss. acad. I. p. 967 sq). Thomasius de bigamiae praescr. 1685. (§. 1—45). Knorre lect. inaug. ad l. 12 C. ad l. Corn. de fals. 1695. Engau kurze jur. Betr. üb. d. Verj. in peinl. Fällen. 1733. (1772). Ravii princ. doctr. de praescr. mit Noten v. Eichmann 1780 (p. 348 sq.). Diese Noten sind zum Theil wörtlich aus Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1 abgeschrieben! Hallacher princ. j. rom. de praescript. crim. 1788. Henkel D. utrum delictorum poenae praescriptione toll. 1793. Hamelsveld de praescr. crim. 1793. Gründler syst. Entw. d. Lehre v. d. Verj. d. peinl. Strafe 1796. Kaulfuss de praescr. crimin. 1802. A. Arch. IV, 1. S. 120 f. V, 3. S. 52 f. Kleinschrod im N. Arch. I. 203 f. Dabelow üb. d. Verj. Thl. 2. (1807) S. 136 ff. Idsinga de jure praescr. inprim. in causa crim. 1808. Payſen üb. d. Verj. in peinl. Sachen. 1811. Stübel Krim.Verf. III. §. 1410 ff. Bentham théorie des peines II. p. 390 ff. — Oerſted Grundreg. S. 471 ff. Abh. II. 255 f. III. 293 ff. Gans Bel. d. hann. Entw. S. 239 ff. Henke IV. §. 22. Bauer Anm. I. 543 f. II. 239 f. Ypeji de praescr. crim. ac poen. 1826. Trummer in den krim. Beitr. III, 2. S. 237 f. Unterholzner Entw. d. gesammten Verj.lehre 1828. Bd. 2. §. 304 f. Carmigniani teoria delle leggi d. sicur. III. p. 342 sq. Roßhirt Entw. §. 64 ff. Platzmann obs. de poenarum praescr. 1832. Vollgraff verm. Abh. II. nr. 5. 6. Riedel de praescr. crim. 1831. Gründler N. Arch. 1836. S. 336 f. 1841. S. 512 f. Zachariä eb. 1842. S. 199 f. Schwarze eb. 1843. S. 454 ff. Kraus eb. 1846. S. 473 f. Breidenbach I. 2. S. 659 f. Hélie traité de l'instr. crim. 1848. III. p. 673 sq. Hoorebeke traité des préscript. en mat. pén. 1847. Cousturier traité de la préscr. en mat. crim. 1849. ſ. noch Wirth Ethik II. 336—338. Mittermaier n. 2. z. F. §. 64 und N. Arch. 1849. S. 562 ff.

angefochten worden [1]). Man behauptete, durch Anerkennung derſelben werde das Recht ſeiner nothwendigen abſoluten Geltung beraubt, resp. die Kraft der ſtrafandrohenden Geſetze gelähmt, der Staat in ſeinem Hauptzweck, die Rechtsſicherheit zu garantiren, beeinträchtigt; es werde dadurch die Hoffnung auf Ungeſtraftheit genährt, mithin zur Begehung von Verbrechen gereizt, und überdies der Nachläßigkeit fauler Richter Vorſchub geleiſtet; überhaupt ſei es die gröbſte Inkonſequenz, eine Handlung für ein Verbrechen und nach einiger Zeit wieder für keines zu erklären. Allein alle dieſe Gründe ſind unſtichhaltig. Durch die Anerkennung der Verjährung wird keineswegs erklärt, daß die fragliche Handlung kein Verbrechen ſei oder ein ſolches zu ſein aufgehört habe [2]), — ſondern nur, daß die in der Strafe liegende Reaktion ausgeſchloſſen werde, weil der Zweck derſelben bereits durch die unendliche (alles Irdiſche in ihren Strom begrabende) Macht der Zeit erfüllt ſei [3]). Es liegt darin alſo nichts weniger als die behauptete Inkonſequenz und im Mindeſten keine Verläugnung der abſoluten Giltigkeit des Rechts, ſowenig dieſe in der Civilverjährung liegt, die in ihrem nächſten Grunde zwar von der Strafverjährung verſchieden, im letzten aber mit ihr identiſch iſt. Dies wäre aber der einzige Einwurf von Gewicht [4]), während die übrigen theils nur andere und ſchlechtere Ausdrücke deſſelben ſind (wie das von der Kraft der Geſetze und vom Staatszwecke Geſagte), theils weit hergeholt erſcheinen und jedenfalls ebenſowohl die Begnadigung treffen (wie der, daß die Hoffnung auf Ungeſtraftheit genährt werde) [5]), theils endlich bloß auf der Vorausſetzung pflichtwidriger Richter beruhen, unter welcher die ganze Strafrechtspflege auch ohne Verjährung zur Spiegelfechterei wird. — Was nun aber die Einwendungen gegen die für die Verjährung vorgebrachten Gründe betrifft, ſo iſt nicht zu läugnen, daß ſie vielfach berechtigt ſind, weil die gedachten Gründe nicht ſelten ſchief, oder einſeitig, oder wenigſtens unklar ausgedrückt ſind. So konnte es freilich nicht genügen, wenn auf die Strafverjährung einfach der nächſte Grund der Civilverjährung

1) ſ. beſ. Hallacher, Henkel, Gründler, Payſen, A. Arch. V, 3. S. 52 f., Stübel, Henke, Bentham, Oerſted, Carmigniani. — Kleinſchrod, den Trummer zu den abſoluten Gegnern rechnet und zwar im Gegenſatze zu Oerſted, iſt dies viel weniger als letzterer; ſ. N. Arch. I. 206 ff., freilich iſt er aber im höchſten Grade inkonſequent. Auch Stübel verwirft die Verjährung keineswegs durchaus, ſondern bringt ſie unter der Kategorie einer geſetzlichen Abolition zur relativen Geltung. Ebenſo machen Oerſted u. A. verſchiedene Konzeſſionen. Gründler ſcheint die ſeinige (§. 15) im Jahr 1836 wieder zurückgezogen zu haben.

2) Böhmer ad Carpz. qu. 141. obs. 1. II).

3) Nicht zu verwechſeln mit der einſeitigen, früher oft (auch wieder von Hélie) aufgeſtellten Behauptung, daß in den während der Verjährungszeit von dem Thäter erduldeten Gewiſſensbiſſen die Expiation des Verbrechens liege. ſ. Mittermaier N. Arch. 1849. S. 568.

4) Man wird nicht verfehlen, durch dieſen Einwurf gerade die abſolute Theorie für getroffen zu meinen, und gegen die eine und andere Faſſung derſelben mag man Recht haben. Allein, wenn die Strafe eben nur als die Folge der Nichtigkeit des Unrechts in ſich deduzirt wird, ſo iſt damit eine andere Weiſe der Manifeſtation dieſer Nichtigkeit, wodurch die Strafe entbehrlich wird, nicht ausgeſchloſſen.

5) Es kommt nur darauf an, die Verjährungsfriſten gehörig zu beſtimmen, um den Reiz zur Begehung von Verbrechen nicht zu ſtark werden zu laſſen, wenn überhaupt dabei an die Verjährung, und nicht eher an die Leichtigkeit, auf der Eiſenbahn zu entkommen und Andres gedacht werden ſollte.

Digitized by Google

übergetragen wurde [1]), da dieſe auf der Verzichtbarkeit der betreffenden Rechte beruht [2]). Ebenſo wenig, wenn man ſagte, Gott habe im Laufe der Verjährungsfriſt verziehen, und ſo müſſe es auch der Menſch thun [3]). Oder, wenn bloß der objektive Grund der Verjährung (das Verſchwinden der That aus dem allgemeinen Bewußtſein) [4]), oder gar bloß einzelne Nebengründe in objektiver Beziehung, wie die Verdunklung der Beweiſe [5]), beſonders des Vertheidigungsbeweiſes [6]) ꝛc., geltend gemacht werden. Oder wenn daſſelbe in gleicher Einſeitigkeit mit dem ſubjektiven Grunde geſchieht [7]). Oder wenn man ſich nur darauf ſtützt, daß das Mißglücken verſpäteter Kriminalunterſuchungen dem Anſehen der Strafjuſtiz ſchade [8]). Oder wenn man in der Verjährung nur ein Privilegium, eine Konzeſſion an die im Staate wünſchenswerthe Stabilität der Verhältniſſe ſieht [9]). — Mehrere faſſen freilich auch mehrere dieſer Gründe zuſammen [10]); aber die Wenigſten geben mit Beſtimmtheit gerade die zwei Hauptmomente an [11]), außer welchen alles Andere nur ſekundären Werth hat und, abſtrakt geltend gemacht, leicht widerſprochen werden kann. Nur die Vereinzelung der Gründe giebt daher den verſuchten Widerlegungen ein relatives Recht. Sie halten aber

---

1) Böhmer ad Carpz. qu. 141. obs. 1. Quiſtorp §. 864. G. J. F. Meister princ. §. 466.

2) Hegel Rechtsphil. §. 64. Der richtige Grund wird nicht angeführt von Trummer a. a. O. S. 239. 240 (ſ. ſchon Gründler §. 13), der freilich nur auf Hugo Rückſicht nimmt. Auch andere Naturrechtslehrer verwerfen die Civilverj., z. B. Gros §. 86. 87. — vgl. dag. die ſcharfſinnige Ausführung von Stübel §. 1414—1419, welcher zwiſchen der Erſtinktivverjährung der Civil- und der Kriminalklagen den Unterſchied ſehr treffend herausfindet. Aehnlich Cousturier p. 19—21. ſ. auch Breidenbach S. 660.

3) z. B. Strauss de praescr. del. §. 10. Stryk de action. III. c. 2. Roßhirt Entw. S. 411. — ſ. dag. Hallacher §. 6.

4) Gründler §. 15. Stübel §. 1413 j. 1380. Roßhirt S. 410—414. ſ. aber auch die in den ff. Noten Genannten.

5) z. B. Lauterbach, Thomasius l. c. Grantz def. reorum c. 8. m. 1. n. 1. Kleinſchrod ſyſt. Entw. II. §. 102. dag. N. Arch. I. 205 und abermals dag. S. 206! — Bei Unterholzner iſt dies wenigſtens der Hauptgrund, ebenſo bei Bauer.

6) Mittermaier im N. Arch. 1849. S. 569. Anderswo (n. 2. z. F. §. 64, N. Arch. X. 715—717) läßt er auch andere Gründe ankommen. ſ. auch Hélie.

7) ſ. z. B. Püttmann Elem. §. 1047. Bei andern iſt es wenigſtens der Hauptgrund. ſo bei Engau a. a. O. Koch inst. §. 972. Hommel rhaps. quaest. obs. 38. Stelzer Lb. §. 243. Tittmann §. 61. Hoorebeke a. a. O. Gans a. a. O. u. A.

8) Ypeij p. 68.

9) Breidenbach S. 662. vgl. Stübel §. 1412. not. b. j. §. 1380.

10) ſo namentlich ſchon Meister l. c., Unterholzner, Hélie, Hoorebeke u. A.

11) Am beſten noch Klein Grundſätze §. 184. vgl. Jarcke I. §. 55. — Feuerbach §. 64, Grolman §. 522, Roßhirt Entw. S. 385 ff. behandeln die Verj. bloß als poſitivrechtliches Inſtitut; ebenſo Hefftter §. 186 f. Marezoll S. 205 f. In der Krit. d. Kleinſchr. Entw. II. 242 verwirft Feuerbach ſie kurzweg, weil ſie die Hoffnung der Ungeſtraftheit nähre. Eine ganz aparte Anſicht iſt die von Trummer: wegen Verdunklung des Beweiſes ſoll als Regel die Verjährung eintreten, aber in Ausnahmsfällen ſoll das Staatsoberhaupt auch nach 30 Jahren noch die Einrede der Verjährung abſchneiden können. Ein Keim dieſer Anſicht liegt übrigens ſchon in der Auffaſſung von Stübel.

nicht Stich, wenn das Inſtitut in ſeiner Totalität ins Auge gefaßt wird. Wenn namentlich von Oerſted a) gegen den objektiven Grund deſſelben die Beförderung der Hoffnung der Ungeſtraftheit vorgebracht wird, ſo fällt dies mit der Abſchreckungstheorie dahin. Wenn er läugnet, daß die Zeit in allen Fällen das Andenken an die That auslöſche, ſo ſind die Ausnahmen doch ſicher nur die ſeltenſten Fälle, und „deshalb die Verjährung verwerfen — heißt: das Kind mit dem Bade ausſchütten“ [1]). Dagegen hat er allerdings Recht, wenn er den am gewöhnlichſten vorgebrachten Grund der Verdunklung des Beweiſes, beſonders des Vertheidigungsbeweiſes nichts gelten läßt [2]). b) Wenn er gegen den ſubjektiven Grund vorbringt, es falle ja auch wegen früheren guten Lebenswandels die Strafe nicht weg, ſo iſt der Schluß hievon auf die Verjährung ein ganz verfehlter [3]). Es handelt ſich ja hier keineswegs von einem Prämium des Wohlverhaltens. Der Beweis der Beſſerung wäre ein problematiſcher nur dann, wenn von moraliſcher Beſſerung die Rede wäre, was natürlich nicht der Fall iſt [4]). Mit Recht findet er es abſurd, wenn ſchon ein ganz geringes Polizeivergehen die Verjährung unterbrechen ſollte [5]). Dagegen iſt es eine willkührliche Behauptung, daß es Verbrechen von ſolcher Intenſität gebe, daß ein ſpäterer untadelhafter Wandel keinen Gegenbeweis gegen die verdorbene Geſinnung des Thäters geben könne [6]). Daß es im Intereſſe des Staats liege, durch die Ausſicht auf Verjährung die Rückkehr zur Ordnung zu erleichtern, iſt freilich ein leicht angreifbarer Grund. Es iſt aber überhaupt verfehlt, wenn man für die ſubjektive Seite der Verjährung die Beſſerungstheorie zu Hilfe nimmt, resp. in ihr, was freilich keine Kunſt iſt [7]), die Beſſerungstheorie angreift. Denn es handelt ſich ja gar nicht davon, das rechtliche Moment dem moraliſchen zum Opfer zu bringen, den

1) Trummer a. a. O. S. 249 u. Schulze ib. cit. A. M. Breidenbach S. 661. ſ. überh. noch über dieſen Punkt N. Rev. S. 913.

2) Damit ſollen jedoch die wunderlichen Behauptungen Trummers (S. 244. 245) hinſichtlich des Vertheidigungsbeweiſes nicht gerechtfertigt werden. ſ. dag. auch Cousturier und Mittermaier N. Arch. X. 715. 716. u. 1849., S. 568. — vgl. übr. auch Breidenbach S. 661. Ganz barock iſt es, wenn Hepp im Komment. ſich nicht nur auf dieſen ſeichten Grund kaprizirt, ſondern von ihm aus auch überdies gegen die wahren Gründe und gegen die Strafverjährung Front macht.

3) ſ. das Nähere N. Rev. S. 914. 915. Es iſt doch wohl zu beachten, daß von jeher ſehr viele Kriminaliſten, wenn auch oft nicht in der richtigſten Form, den ſubjektiven Grund allein od. vorwiegend od. doch neben andern geltend gemacht haben; ſo Püttmann, Engau, Koch, Hommel, Stelzer, Klein, Paalzow, Tittmann, Jarcke, Hoorebeke, Mittermaier, Gans u. A. ſ. auch ſchon Tiraquell de poen. temp. c. 24. n. 4. (freilich in höchſt kurioſer Form).

4) Daher war es freilich unrichtig, wenn das bair. GB. poſitiv eine gute Aufführung forderte. ſ. übr. Kleinſchrod N. Arch. I. 211. 212.

5) Gleichwohl wird wegen Vermeidung dieſer Abſurdität das wirt. GB. von Hepp getadelt.

6) Dies ſchreibt auch Trummer nach S. 246. vgl. das öſtr. und hannövr. GB. Bauer Anm. II. 241—245. vgl. I. 545. 546. Mittermaier N. Arch. X. 718.

7) ſ. z. B. auch Gründler §. 12 und im N. Arch. 1836. S. 342—344. 351—353. Trummer S. 245—247. Bauer II. 240. 245. 246. vgl. I. 546. 547. ſ. freilich Blöde N. Jahrb. f. ſächſ. Strafr. 1844. S. 409 Anm. Roßhirt Entw. S. 393. 394 zieht ausdrücklich den Fatalismus des Zufalls der vernünftigen Entwicklung der Wirkungen des Zeitablaufs vor. — Sehr vag iſt Abegg §. 170.

Verbrecher für seine Besserung zu belohnen, sondern nur davon, daß der subjektive Zweck der Strafe, als bereits durch die Macht der Zeit (durch die im Laufe der Zeit ununterbrochen vollzogene selbständige sittliche Regeneration des Verbrechers) bereits erfüllt, nicht mehr erfüllt zu werden braucht. Ueberhaupt aber dürfen die beiden Gründe der Verjährung (s. o.) nicht isolirt in's Auge gefaßt werden. — Daß diese beiden Gründe ebensowohl für die Verjährung bereits erkannter Strafen sprechen, zeigen sehr richtig die wirt. Motive, welche namentlich noch mit Recht darauf hinweisen, daß ja auch die Untersuchungsverjährung nach bereits gefälltem Erkenntnisse laufe, falls dieses nicht eröffnet werden kann, welcher Fall von dem der Strafverjährung offenbar nur wenig unterschieden ist [1]).

2) Das gemeine deutsche Recht kennt nur eine Verjährung des Prozesses, nicht der erkannten Strafe. Sie stammt aus dem römischen Recht [2]). Aus welchem Grunde sie aber, und wann sie eingeführt worden sei, ist bestritten. Nach der einen Ansicht wäre die Verjährung der Accusationen, als Konsequenz der Exstinktivverjährung der Civilklagen, lediglich ein Produkt der Doktrin und Praxis gewesen [3]). Dies ist jedoch erweislich nicht richtig, da lange vor der allgemeinen Einführung der letzteren die Verjährung der Anklagen schon gesetzlich bestimmt war [4]). Zuerst [5]) findet sich die fünfjährige in der lex Julia de adult. [6]), erst später die allgemeine 20jährige [7]). Ob nun ein Anknüpfungspunkt in den prätorischen Pönalklagen [8]), ob für die 20j. Verjährung in dem longum tempus, namentlich in den quaestiones fiscales [9]) anzunehmen sei, steht dahin. Ebensowenig ist mit Sicherheit zu entscheiden, welches Motiv bei der Einführung der Anklageverjährung geleitet habe. Die meisten legen [10]) den römischen Gesetzen ihre eigenen Ansichten als Motive unter, sei es nun die Rücksicht auf Verdunklung der Beweise [11]), oder das Streben, einem gehässigen Rechtsmittel wenigstens in der Zeit eine Schranke zu setzen [12]), oder der Gedanke, daß indessen der Zweck der

---

1) vgl. die braunschw. Mot. bei Breym. S. 229. 230. Die Motive z. bair. Entw. Art. 70 ff. Hufnagel I. 290. Note. Leonhardt I. 379. A. M. Breidenbach I. 2. S. 696. 705—707. u. A. Das Nähere s. unten.

2) Allerdings finden sich auch im älteren deutschen Rechte Spuren davon. s. unt. In die Praxis gieng aber das römische über. Ueber Verjährung bei den Griechen ꝛc. s. Kretschmann D. de orig. praescr. crim. 1803 und Heffter §. 186. n. 2.

3) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. Quistorp §. 864. Feuerbach §. 64. Grolman §. 522. Roßhirt Lb. §. 55. Wächter Lb. I. §. 126. n. 10. Bauer Lb. §. 132. Jarcke I. §. 55. Ypeji c. 3 §. 1. Trummer S. 239.

4) Unterholzner II. 439 ff. Roßhirt Entw. S. 389. Bauer Anm. II. 239. Marezoll S. 206. n. 3.

5) Aus Cic. pro Rab. 9 scheint hervorzugehen, daß zu seiner Zeit noch nichts der Art bestand. s. indessen Heffter §. 186. n. 2. Lächerliche Phrasen s. bei Gründler N. Arch. 1836. S. 337.

6) l. 29 §. 6 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

7) l. 12 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22).

8) Roßhirt Entw. S. 387.

9) Unterholzner I. 51 f. Roßhirt S. 391. 392. s. schon Gründler §. 219. vgl. jed. denſ. N. Arch. 1836. S. 337. n. 2.

10) s. dag. Grolman §. 522.

11) s. z. B. Unterholzner II. 439 f. Gründler N. Arch. 1836. S. 338 (s. aber S. 340!) und schon Thomasius u. A.

12) Gründler §. 5 u. N. Arch. 1836. S. 338. Roßhirt Entw. S. 387—389.

Strafe durch Gewiſſensqualen, resp. Beſſerung erreicht ſei [1]). Von dieſen Meinungen iſt nun wohl die erſte und dritte offenbar unſtichhaltig, wogegen die zweite als ſehr wahrſcheinlich erſcheint. Nur läßt ſich dann nicht behaupten, daß dieſe Verjährung der Sache nach von der Civilklagenverjährung gar nicht verſchieden geweſen ſei [2]). — Als unzweifelhaft iſt dagegen anzuſehen, daß das römiſche Recht jedenfalls nur den objektiven Grund der Verjährung aufgefaßt und deshalb außer dem ungeſtörten Zeitablaufe kein weiteres Erforderniß derſelben aufgeſtellt hat [3]). Ebenſo iſt jetzt kaum mehr ein Streit darüber, daß das römiſche Recht in das gemeine deutſche übergegangen iſt [4]). Schon das ältere deutſche Recht zeigte Spuren des Inſtituts [5]); jedenfalls aber widerſtritt das zur Zeit der Rezeption des römiſchen Rechts im deutſchen noch herrſchende Syſtem des Strafverfahrens der Aufnahme eines auf das Anklageprinzip gebauten Inſtituts nicht, und, wenn allerdings das Unterſuchungsprinzip mehr und mehr zur Entwicklung kam, ſo konnte hierin ein Hinderniß ſchon deshalb nicht gefunden werden, weil ja auch im ſpäteren römiſchen Rechte ſelbſt ſchon dieſes Prinzip Boden gewonnen hatte, ohne daß man das Inſtitut der Verjährung damit unverträglich gefunden hätte. In der That zweifelte auch, obgleich die P.G.O. der Verjährung nicht erwähnt, der ältere deutſche [6]) (wie der italieniſche) [7]) Gerichtsgebrauch an der Anwendbarkeit des römiſchen Rechts in dieſer Frage ebenſowenig als der ſpätere [8]) oder als die geſammte neuere den Unterſuchungsprozeß vorausſetzende Geſetzgebung [9]). Nur diejenigen Beſtimmungen des röm. Rechts wurden unter der Herrſchaft des Unterſuchungsprinzips unanwendbar, welche ſich lediglich auf die Natur der Präſkription als einer privaten Exzeption beziehen [10]). In der Hauptſache, der Wirkung der Verjährung [11]), trat keine Aenderung ein; nur die Vermittlung durch die Anklage als Bedingung der Beſtrafung fiel weg. Eben damit aber drang ſich der tiefere Grund der Verjährung, der ſich im röm. Rechte hinter

1) Engau S. 13. Gans a. a. O. u. A.

2) ſo Roßhirt S. 390, während er S. 387—389 die Kriminalverjährung als Abolition darſtellt und ihr eine ratio legis unterlegt, die zur Civilklagenverjährung entſchieden nicht paßt. ſ. auch Marezoll S. 206. n. 3.

3) Uebrigens gilt dies nicht nur von dem ſubjektiven Erforderniß, daß der Thäter kein neues Verbrechen begangen haben dürfe, ſondern ganz allgemein. Die Verjährung beginnt, auch wenn der Thäter das Delikt möglichſt verheimlicht hat, wenn er entflohen iſt, wenn die Verfolgung aus Nachläßigkeit des Gerichts keinen Fortgang genommen hat. Freilich iſt dies mehrfach beſtritten. ſ. unt.

4) A. M. Müller de praescr. crim. 1818 (N. Arch. II. 672). Mittermaier früher im Strafproz. Martin Lb. §. 103 u. Strafproz. §. 21. vgl. Bannitza de praescr. contra judicem ex off. inquir. locum non hab. 1769.

5) ſ. Mittermaier N. Arch. X. 714. 715. Birnbaum eb. XIV. 191. n. 16. Mittermaier n. 1. z. F. §. 64.

6) Carpzov qu. 141. n. 18—23 u. P. Theod., Gail u. A. ib. citt. ebenſo in Frankreich. ſ. Hélie l. c. p. 676. 677.

7) ſ. die bei Farin. qu. 10. n. 3 Angeff.

8) ſ. faſt ſämmtliche neueren Kriminaliſten, und zwar beſ. die Ausführung bei Stübel §. 1415 ff.

9) Faſt alle europäiſchen Rechte kennen das Inſtitut (England macht eine Ausnahme; anders Schottland).

10) Stübel §. 1419. 1420. Eben dieſer richtige Grundſatz wurde aber vielfach von der Doktrin und Praxis nicht beachtet.

11) Stübel §. 1418.

ihrer prozeſſualiſchen Bedeutung verborgen hatte, dem Bewußtſein ſtärker auf und es entſtand das Beſtreben, ſich hierüber klar zu werden. Daß nun jedenfalls ſchon ſehr frühe hiebei auch der ſubjektive Grund der Verjährung aufgefaßt wurde, zeigt die Anwendung, die man davon auf den freilich aus den Quellen nicht zu rechtfertigenden Milderungsgrund wegen theilweiſen Ablaufs der Verjährungszeit machte [1]). In den erſten Partikulargeſetzgebungen [2]) tritt nun zwar das ſubjektive Moment noch nicht hervor, wohl aber im öſtr. GB. 1803 [3]), in der preuß. Krim.O. [4]), im bair. [5]) und wirt. GB. [6]). Es herrſcht daher über den Grund der Verjährung in den neuen Geſetzgebungen keine Uebereinſtimmung. Ebenſowenig über die Ausdehnung des Inſtituts auf bereits erkannte Strafen. Eine ſolche kennen [7]) das ſächſiſche [8]) GB. (Art. 76), das wirtemb. (Art. 129), das braunſchweigiſche (§. 71), das badiſche (§. 194), das thüringiſche (Art. 73) [9]). — Wenn nun aber die Geſchichte des Strafrechts nichts gewiſſer lehrt, als daß in der Berückſichtigung des ſubjektiven Moments im Verbrechen und in der Strafe ein ſtetiger, noch keineswegs zu ſeinem Ziele gelangter Fortſchritt ſtattfindet [10]), ſo iſt es klar, daß diejenigen Gbücher auf dem rechten Wege ſind, welche auch bei der Verjährung ſich nicht mit der herkömmlichen einſeitigen Beachtung des objektiven Moments begnügen [11]).

§. 128.

Zur Verjährung der Unterſuchung bedarf es daher 1) des Ablaufs der von den Geſetzen vorgeſchriebenen Friſt, ohne daß das Gericht behufs der Unterſuchung und Beſtrafung der That beſtimmte

---

1) ſ. die hierüber intereſſanten Verhandlungen bei Tiraqu. c. 24. Farinac. qu. 10. n. 84 sq. (beſ. 87. 91), Carpzov qu. 141. n. 84—87 u. den dort Citt. vgl. die vielen bei Gründler N. Arch. 1841. S. 515. 516. n. 13—16 Citt., denen auch Carpz. beizuzählen iſt, daher die Bem. v. Schwarze eb. 1843. S. 471 ſehr oberflächlich abſprechend iſt. ſ. auch Stübel §. 1505.

2) Cod. Max. II, art. 11 §. 4. Theres. art. 16. Das preuß. LR. §. 63 hebt zwar das gedachte Moment ſehr ſtark hervor, ſpricht aber (dem Abſchreckungsprinzip zulieb) von der Verjährung nicht ausdrücklich. ſ. Reſkr. 26. Febr. 1798.

3) Das Joſeph. GB. hatte die Verjährung verworfen. Das GB. 1803 §. 208 fordert nicht nur, daß der Thäter kein neues Verbrechen begangen, ſondern auch daß er für das früher begangene Erſatz geleiſtet und keinen Nutzen davon mehr in der Hand habe. vgl. Rev. GB. §. 229.

4) §. 598. 599.

5) Art. 139. vgl. Anm. I. 325 ff. Kleinſchrod im N. Arch. I. 208 ff. ſ. auch den neuen Entw. Art. 73.

6) Art. 131. vgl. auch Bad. GB. §. 197. Hannövr. Art. 90. Ueber Sachſen Weiß S. 319. n. 4. Sardin. GB. Art. 151.

7) vgl. Code d'instr. crim. art. 635.

8) In Sachſen war dies ſchon früher Rechtens. ſ. Winkler Hdb. d. ſächſ. Proz. §. 190. Stübel Krim.Verf. §. 1487.

9) vgl. den neuen bair. Entw. Art. 74. Sardin. GB. Art. 144. Wadtländ. GB. Art. 77.

10) Oſenbrüggen die Brandſtiftung 1854. S. 192.

11) Sehr oberflächlich ſprechen darüber diejenigen ab, denen es nur bei der gewohnten Tradition wohl iſt.

Schritte gethan hat (ſ. §. 129), 2) der Gewißheit, daß der Thäter innerhalb der Friſt kein weiteres Verbrechen begangen hat. Die Friſt beſtimmt ſich länger oder kürzer je nach der Schwere der Verbrechen. Sie beginnt mit der Begehung des Verbrechens und iſt ein tempus continuum, deſſen Ablauf ſich hiernach von ſelbſt ergiebt. Bei keinem Verbrechen darf die Verjährung ausgeſchloſſen werden.

1) Von den angegebenen Erforderniſſen erkennen das gem. Recht und mehrere neue Geſetzgebungen nur das erſte [1]) an, dagegen andre der letzteren (ſ. §. 127. Anm. 2) auch das zweite. Außer dieſen beiden ſind aber weitere nicht zuläßig, wie denn auch das gemeine Recht von weiteren nichts weiß. Die Verjährung beginnt nach demſelben ohne Unterſchied, ob die That oder der Thäter bekannt geworden iſt, ob die Unkunde des Gerichts verſchuldet oder unvermeidlich war [2]), ob durch einen Stillſtand des Gerichts [3]) oder unmittelbar nach der That ergriffene Flucht des Thäters [4]) die ſofortige Einſchreitung unmöglich gemacht war oder nicht. Die entgegenſtehenden Behauptungen beruhen auf irrigen Anwendungen der nicht einmal im römiſchen Strafverfahren giltigen römiſchen Rechtsregeln: Ignoranti — und agere non valenti non currit praescriptio [5]), überdies auf der falſchen Anſicht, daß die Verjährung ein Benefiz des Angeklagten, oder daß Fahrläßigkeit des Richters der Grund der Kriminalverjährung ſei [6]). Eine Ausnahme fand nur hinſichtlich der prätoriſchen Annalklagen, mithin auch der actio injuriarum aestimatoria [7]) ſtatt. Dagegen haben neuere Geſetzgebungen allerdings — auch abgeſehen von dem im §. unter 2) genannten — weitere Requiſite aufgeſtellt, namentlich: daß der Thäter Erſatz geleiſtet und von dem Nutzen des

1) L. 11 §. 4 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

2) L. 29 §. 7 D. eod. In der ital. Jurisprudenz war dies beſtritten, da Viele den Satz anwandten: ignoranti non currit praescriptio, mindeſtens bei unvermeidlicher ignorantia. ſ. die Lit. b. Farinac. qu. 10. n. 12. 13. Dagegen erklärt Carpzov qu. 141. n. 24. 25 die richtige Anſicht für die communis opinio. vgl. Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. III)., Leyser sp. 515. m. 4. 5. Engau §. 90. 91. A. M. Gründler §. 46. Dag. wohl alle Neueren. ſ. auch Hélie l. c. p. 702. 703.

3) L. 37 pr. D. de minor. (4. 4). L. 18 D. ex quib. caus. maj. (4. 6). A. M. Gründler §. 47.

4) A. M. Carpzov qu. 141. n. 55—57. Dabelow II. §. 207, nicht aber auch Grolman, Gründler u. A., die Stübel hier anführt, und die blos von der Flucht nach Einleitung des Prozeſſes reden. ſ. übrigens die (mit Ausnahme von §. 1456) richtige Ausführung von Stübel §. 1453—1459. Hommel rhaps. qu. obs. 38 (Praxis in Sachſen). Ebenſowenig könnte gleich nach der That ausbrechender Wahnſinn den Beginn der Verj. hindern. Breidenbach I. 2. S. 667. 668. Hélie l. c. p. 717. Goldtammer I. 440.

5) Dieſe bezieht ſich ohnedies in keinem Falle auf faktiſche Hinderniſſe. Thibaut Beſitz und Verjährung II. §. 24.

6) ſ. dagegen Böhmer l. c. Bauer Anm. II. 247. 248.

7) A. M. Püttmann Elem. §. 406 (von Stübel mit Unrecht für das Gegentheil cit.). ſ. Cujaz. Comm. ad D. quod met. csa. l. 14 §. 2. Matth. 47. 4. c. 1. n. 17. 18. Gegen die Anwendbarkeit der römiſchen Regel ſind Gründler §. 65, Weber üb. Inj. II. 144 f. resp. Stübel §. 1451. ſ. aber Kleinſchrod Abh. III. 450—452.

Verbrechens nichts mehr in Händen habe [1]), daß er (überhaupt) [2]) nicht entflohen sei [3]), daß er dem Gericht unbekannt geblieben oder die Untersuchung, resp. Entscheidung aus Schuld des Richters unterblieben sei [4]). Indessen sind von diesen Hindernissen nur drei (die Flucht unmittelbar nach der That, die Unmöglichmachung der Untersuchung, resp. überhaupt das Nichtunbekanntgebliebensein des Thäters) [5]) der Art, daß sie schon den Beginn der Verjährung hindern oder hindern können, während die übrigen nur die begonnene Verjährung unterbrechen oder wirkungslos machen. — Auch nach den neuen Gesetzgebungen erscheint der Satz als Regel, daß die Verjährungszeit ein tempus continuum sei. Und zwar erscheint er in mehreren als durchgreifende Regel, auch für die nur auf Klage zu untersuchenden Delikte [6]). Dagegen lassen andre derselben zwar auch die letzteren in einer bestimmten Zeit (die freilich sehr verschieden bestimmt ist) schlechthin [7]) verjähren, stellen aber neben dieser Verjährung des Delikts noch eine Verjährung des Anklage- (oder Anzeige-) [8]) Rechts des Betheiligten auf, welche erst mit dem Augenblicke beginnt, wo dieser von der That (resp. dem Thäter) Kenntniß erhielt [9]). Die Wirkung davon ist die, daß es innerhalb der ersteren Frist zunächst darauf ankommt, ob der Betheiligte die gedachte Kenntniß erhielt. War dies der Fall, so hat er nun eine kürzere Frist [10]) offen, um die Untersuchung durch seine

1) Oestr. GB. §. 229 (208).

2) das hannövr. GB. Art. 88 und das preuß. §. 47. gehören hierher nicht. Gegen die abweichende Ansicht v. Bothmers s. Leonhardt I. 382.

3) Oestr. GB. a. a. O. (doch gilt dies nicht auch für Vergehen und Uebertretungen. §. 531). vgl. preuß. Krim.O. §. 599. Theres. art. 16. §. 8., wogegen der C. Maxim. ganz dem gem. Recht folgte.

4) Bair. GB. Art. 139. Hiernach hindert die bloße Flucht des Thäters den Beginn der Verjährung nicht. s. Kleinschrod im N. Arch. I. 209. 210. A. M. die Anm. I. 336 (?), wohl aber, wenn er unerlaubter Weise die Spuren, Beweismittel ꝛc. unterdrückt, überhaupt die Untersuchung unmöglich gemacht hat. Bair. Strafger. II. 328. Note. Bl. für Rechtsanw. I. 265. XI. 271.

5) In Baiern wurde das Letztere schon lang als unzweckmäßig eingesehen. s. Anhang zu den Mot. v. 1827 und neue Mot. z. Art. 70 f. Im hannövr. GB. Art. 88 ist dieser Punkt aus dem bair. entlehnt, aber sinnlos. Leonhardt I. 379. n. 5 a, S. 381. Schlüter S. 72. n. 41. Irrige Folgerungen bei v. Bothmer Erört. I. 209. Häberlin I. 190.

6) so im hess. GB. Art. 125. Breidenbach I. 2. S. 682. 683. (vgl. Stübel §. 1451). Der hier für die Abweichung von den meisten übrigen neuen deutschen G.büchern angef. Grund ist nicht richtig, da diese auch für die fraglichen Delikte eine absolute Verjährung aufstellen. Ebenso im bair. Entw.

7) s. jedoch wegen Sachsen und Braunschweig die folg. Noten.

8) Bad. GB. §. 190. vgl. Thilo S. 209.

9) Sächs. GB. Art. 77. 78. Wirt. Art. 130. Hannövr. Art. 89 (ganz schlecht gefaßt. s. Leonhardt I. 393. 394. v. Bothmer Erört. I. 203 f.), Braunschw. §. 71. 72. Bad. §. 190. Thüring. Art. 72. Preuß. §. 50. j. 45. 46. 339. Oestr. GB. bei Vergehen und Uebertr. §. 530. 531. Auch das wirt. GB., desgl. das badische haben eine unglückliche Fassung. Ueber ersteres s. Hufn. Strafgb. m. Anm. S. 125. 499. Bloß von Kenntniß der That spricht das hannövrische, bloß von Kenntniß des Thäters das thüring. GB., von beidem das wirt., bad., preuß., von Kenntniß des Verbrechens das sächs. und braunschw. Wie ungeschickt das Letztere sowie die Bestimmung des hann. GBs ist, zeigt Schwarze N. Arch. 1843. S. 466. 467.

10) Auch diese ist in den neuen Gesetzgebungen sehr verschieden bestimmt (6 Wochen 3 Mon., 1 J., 2 J.)

Anträge in Gang zu bringen. Läßt er dieſe unbenützt, ſo iſt ſchon jetzt ſeine Klage und das Delikt verjährt, wenn auch die weitere Friſt noch nicht abgelaufen ſein ſollte. Wahrt er dagegen jene, ſo kommt es nun nach den meiſten Gbüchern nur noch darauf an, ob innerhalb des noch übrigen Reſts der weiteren Friſt die Unterſuchung eingeleitet wird oder nicht (resp. eingeleitet wird, aber wieder liegen bleibt) [1]). Letzteren Falls tritt nach wirt., hannövr., bad., thüring. Recht mit dem Ablauf dieſer (abſoluten) Friſt Verjährung des Delikts und des Klagerechts ein (und zwar iſt dieſe Friſt für das Klagerecht auch in dem Falle zerſtörend, wenn innerhalb derſelben der Betheiligte von der That oder dem Thäter gar keine Kenntniß erhalten haben ſollte) [2]). Dagegen greifen nach dem preuß. und öſtreichiſchen GB., ſobald nur der Klagberechtigte noch innerhalb der allgemeinen Verjährungsfriſt die Klagerechtsfriſt gewahrt hat, ſofort die gewöhnlichen Grundſätze über Lauf, Unterbrechung und Wiederanfang der Verjährung Platz. Daſſelbe gilt nach dem ſächſ. u. braunſchw. GB., ja das letztere läßt ſogar erſt mit der Erhebung der Klage die gewöhnliche Verjährungszeit beginnen [3]). Außerdem laſſen das ſächſ. u. das braunſchw. eine fortwährende Unterbrechung der immer wieder laufenden Verjährung durch erneuerte Anträge des Betheiligten zu, ſo daß hier die Möglichkeit gegeben iſt, die Verjährung in infinitum hinauszuſchieben. Uebrigens iſt es nach den neueren Gbüchern noch mehrfach ungewiß, ob gewiſſe Vergehen unter dieſe Beſtimmungen fallen oder nicht [4]). Ein weiterer Uebelſtand iſt, daß mehrere der neueren Gbücher die Verjährung des Klagerechts ſchon mit der erlangten Kenntniß von der That beginnen

---

1) Das thüring. GB. läßt in dieſem Fall die Verj. von Neuem laufen, die dann — bis zum Ablauf der abſoluten Friſt — der Betheiligte durch erneute Anträge unterbrechen kann.

2) in dieſem Punkte — daß innerhalb einer beſondern oder der allgemeinen Verjährungsfriſt das nicht ausgeübte Klagrecht jedenfalls erliſcht, — ſtimmen auch die andern Gbücher zu. vgl. Zürch. GB. §. 68.

3) Ebenſo wie das braunſchw. könnte das badiſche GB. verſtanden werden. Daſſelbe iſt jedoch ſchlecht gefaßt, indem ein Amendement in den Text des Entw. hineingeſchoben wurde. Aus den Mot. geht aber in Verbindung mit den Verh. klar hervor, daß die abſolute Friſt von 10 J. jedenfalls von Begehung der That an laufen ſoll.

4) Namentlich da, wo öffentliche Behörden, resp. fremde Regierungen oder Geſandtſchaften die Klagberechtigten ſind. ſ. z. B. wegen Majeſtätsbeleidigung Hufnagel I. 293. Note 369. III. 189. 190 (die S. 390 ob. angegebene Anſicht iſt die von mir aufgeſtellte). vgl. Breidenbach I. 1. S. 644. 645 (? die Auslegung iſt willkührlich; hätte das GB. ſie gewollt, was möglich iſt, ſo hätte es ſich anders ausdrücken müſſen) Leonhardt I. 386. 387. ſ. dag. preuß. GB. §. 50, wo ausdrücklich nur vom Klagerecht von Privatperſonen die Rede iſt, daher die Fälle der §. 81. 103 ausgeſchloſſen ſcheinen. ſ. jed. Goldtammer I. 442. u. Frantz preuß. Strafpr. S. 42. 43. A. M. Beſeler S. 204. Das ſächſ. GB. führt die Behörden (bei den Amtsverbrechen) mit auf Art. 77. 78. Das braunſchw. ſchließt ſie aus §. 244 j. 255. Nach hannövr. Recht iſt Streit. ſ. v. Bothmer Erört. I. 199—201. Leonhardt I. 383 f. Dagegen gehören nach ſächſ. GB. die Maj.beleidigung und die Fälle des Art. 45. entſchieden nicht hierher (ſ. auch Krug Stud. I. 145. Weiß S. 369), was ebenſo vom thüring. GB. anzunehmen iſt (das bei den Amtsverbrechen (Art. 322) gleichfalls dem ſächſ. zu folgen ſcheint), desgl. vom braunſchw. §. 95. Nach den bad. Mot. Thilo 209. 210 ſcheint ſich die Beſtimmung des §. 190. nr. 3, wie nach letzterem, nur auf Delikte zu beziehen, bei denen Privatperſonen als Betheiligte erſcheinen.

laſſen, da ſeine Ausübung hier meiſt illuſoriſch werden muß [1]). Ueberhaupt aber leidet die ganze Behandlung dieſer Materie in der neueren Geſetzgebung großentheils an Prinziplosigkeit [2]).

2) Der regelmäßige Zeitraum der Verjährung im gemeinen Rechte beträgt 20 Jahre für die öffentlichen Verbrechen [3]), — 30 Jahre [4]), resp. 1 Jahr [5]) bei den Klagen auf Privatſtrafen. Von der erſteren Regel kommen jedoch Ausnahmen vor: a) Unverjährbare Verbrechen ſ. u. b) 5jährige Verjährungsfriſt bei den admissa ex lege Julia de adulteriis [6]) (Ehebruch, Stuprum, Lenocinium, Sodomie [7]), Bigamie [8]), Inceſt) [9]), was die deutſche Praxis auch auf Konkubinat und Fornikation anwandte [10]), — bei der Vindikation des wegen Abgabendefraudation Verfallenen [11]), — beim Pekulat [12]) (durch die deutſche Praxis nach der comm. opinio außer Gebrauch geſetzt) [13]), — bei der accusatio ex scto Silaniano (ebenſo) [14]). — Die römiſchen Beſtimmungen über Verjährung der Klagen aus Privatdelikten wurden größtentheils dadurch ausgeſchloſſen, daß man dieſe Delikte öffentlicher Verfolgung und Strafe unterwarf. Dagegen blieben ſie namentlich bei den Injurien in Gebrauch, wiewohl auch hier Vieles beſtritten war [15]). — Von den neuen [16]) Gbüchern begnügt ſich nur das ſächſiſche mit Einer regelmäßigen Friſt [17]), wogegen alle übrigen je nach der größeren oder ge-

---

1) Schwarze N. Arch. 1843. S. 466. 467. Wenn dieſer übrigens dem ſächſ. GB. die zweckgemäßere Anſicht unterſchieben will, ſo iſt dies willkührlich. ſ. dag. auch Leonhardt I. 393 unten. Ueber die Anwendung des Grundſatzes: agere non valenti ſ. Schaffrath S. 663 (?). Held und Siebdrat refurriren gar auf den Art. 39.

2) Dies rechtfertigt aber nicht ihre gänzliche Nichtbeachtung in den neuen Lehrbüchern!

3) L. 12 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). l. 3 D. de requir. reis (48. 17). l. 13 D. de div. temp. praescr. (44. 3).

4) L. 3 C. de praescr. 30 annor. (7. 39).

5) pr. J. de perp. et temp. act. (IV. 12). vgl. jedoch l. 13 D. de serv. corr. (11. 3.) l. 1 §. 5 D. de his qui effud. (9. 3). l. 18 D. depos. (16. 3).

6) L. 29 §. 6 D. h. t. (48. 5). l. 1 §. 10 D. ad Sct. Turp. (48. 16). Kleinſchrod Abh. II. nr. 10 §. 24.

7) A. M. Matth. 48, 3. c. 6. n. 1. ſ. aber l. 34 §. 1 D. h. t. §. 4 J. de publ. jud. (IV. 18.). Böhmer ad C. qu. 141. obs. 3. qu. 76. obs. 9. Thomas. l. c. §. 13. ſ. übr. auch wieder Unterholzner S. 451. Roßhirt Entw. S. 407.

8) Thomas. l. c. §. 48 sq. 56 sq. A. M. Roßhirt a. a. O. vgl. Wächter Abh. I. 161. n. 31.

9) von jeher ſehr beſtritten wegen l. 4 D. de quaest. (48. 18) u. l. 39 §. 5 D. h. t. ſ. die Aelteren bei Wächter Lb. I. S. 267 und außerdem denſ. Abh. I. 169. 170. Unterholzner II. 448 ff. Roßhirt S. 406. Die Praxis war für die 5jähr. Verj., außer bei inceſt. Ehebruch (20 J.), ſo wenigſtens in Wirt. und Sachſen. Dafür auch die meiſten Neueren.

10) Koch inst. §. 923. Unterholzner II. 460.

11) l. 2 C. de vect. et comm. (4. 61).

12) L. 7 D. ad l. Jul. pec. (48. 13).

13) Wächter Lb. I. S. 269. vgl. Heffter §. 527. n. 2.

14) L. 13 D. h. t. (29. 5). Unterholzner II. 453. 454. Note.

15) Weber Injurien II. 140 ff. Wächter Lb. I. 270. Heffter §. 311. n. 10—12.

16) Der C. Maxim. hält ſich auch hier im Weſentlichen noch ganz an das gem. Recht.

17) Die einjährige Friſt betrifft zunächſt das Klagerecht, bei deſſen Nichtausübung

ringeren Schwere der Delikte die Verjährungszeiträume länger oder kürzer festsetzen [1]). — Schon nach gemeinem Recht galten nun aber — was freilich theilweise sehr bestritten war — einige Verbrechen für unverjährbar, — parricidium [2]), Apostasie [3]) und suppositio partus [4]), diese jedoch vielleicht nur unter der Voraussetzung, daß das Kind wirklich unterschoben blieb (?). Manche behaupteten auch dasselbe von allen Verbrechen, die im alten Test. mit Todesstrafe belegt seien, resp. von sehr geheim begangenen, ja wohl von allen sehr schweren [5]), oder mindestens von crimen majestatis [6]). — Die neueren Gbücher haben nun großentheils diese Inkonsequenz (denn eine solche ist die Ausnahme, welches Motiv man auch der Verjährung zu Grunde legen möge) [7]) aufgegeben. Einige derselben aber haben sie bei Verbrechen, auf denen Todesstrafe [8]), resp. unbedingt lebenslängliches Zuchthaus [9]) steht, beibehalten. Indessen hat das braunschw. GB. dies nur für den Fall gethan, daß bereits eine Untersuchung eingeleitet war, und auch in diesem Fall soll wenigstens nicht mehr auf Tod, sondern statt dessen auf lebensl. Kettenstrafe erkannt werden. Nach dem östr. GB. soll, wenn nur die Bedingungen der Verjährung [10]) erfüllt sind, statt des

---

wegen Unkenntniß auch hier die Regel (15 Jahre) eintritt. Freilich läßt dieses GB. die schwersten Verbrechen gar nicht verjähren. Besondere Ausnahmsfristen s. bei Schaffrath S. 662.

1) so schon die Theresiana art. 16. Nicht richtig ist dagegen die Behauptung von Marezoll S. 210, daß 10 Jahre als regelmäßige Frist für die ex off. zu unters. Verbr. bilden. Ebensowenig, wenn man behauptet, für die nur auf Klage zu unters. Delikte werden in der Regel kürzere Fristen angesetzt. Namentlich trifft dies nicht zu bei dem östr., preuß., sächs., braunschw. resp. hessischen, bad. und thüring. GB. — Ausnahmen von der Regel s. bei Weiß S. 315. 316. Hufnagel Strafgb. I. 125. 126.

2) l. 10 D. h. t. (48. 9). l. 13 D. ad sct. Silan. (29. 5). Lauterbach l. c. §. 26. Carpzov qu. 141. n. 52. Leyser sp. 515. m. 12. Werner Hdb. §. 292—297. Unterholzner II. 453 f. Roßhirt S. 408. Hefftter §. 187. n. 2. Marezoll S. 207. n. 7. Müller Strafproz. §. 87. n. 20. Andere (Cujaz., Matth.) nehmen 20jähr., wieder Andere (Thibaut, Feuerbach, Grolman ꝛc.) 30jährige Verjährung an.

3) L. 4 C. de apost. (1. 7), längst veraltet.

4) L. 19 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). Thomas. l. c. §. 20. Grolman §. 23. Roßhirt Lb. §. 56. Hefftter §. 187. n. 4. Andere sind für Unverjährbarkeit (so jetzt wieder Müller a. a. O. Mittermaier n. 1. z. F. §. 65). Andere für 20jähr. (Cujaz., Matth. ꝛc.), wieder Andere für 30j. Verjährung (Thibaut ꝛc.). vgl. Roßhirt S. 397.

5) Carpzov qu. 141. n. 52. Anerkannt im C. Max., obgleich die Anm. n. c. zugeben, daß das röm. Recht nichts davon wisse, (sie berufen sich auf die ältere bair. Malef.-O.). Auch die Theres. hat noch einen großen Katalog von Ausnahmen.

6) s. noch Quistorp §. 865 und die in vor. Note cit. Gbücher.

7) s. Feuerbach §. 68. Schwarze N. Arch. 1843. S. 455. 456. Mittermaier n. 1. z. F. §. 65. theilweise Bauer Anm. II. 241 f. vgl. Leonhardt I. 380. 381.

8) Oestr. GB. §. 231. Hannövr. Art. 90.

9) (resp. lebenslängliche Kettenstrafe) Sächs. GB. Art. 80. Thüring. GB. Art. 76. (vgl. noch bes. Meiningen). Braunschw. §. 71. Zürch. §. 68. Das preuß. GB. setzt für todeswürdige Verbrechen nur eine längere Frist. Der sächs. Entw. Art. 106 fügt wenigstens eine Modifikation bei.

10) Schadensersatz, und daß der Thäter keinen Nutzen mehr in Händen habe, nicht entflohen sei und kein neues Verbrechen begangen habe.

Todes auf Kerker erkannt werden [1]). Nach dem hannövriſchen kann das Gericht den Verbrecher zur Begnadigung empfehlen, wenn er während der 20 J. durch ein tadelfreies Leben ernſtliche Beſſerung zu erkennen gegeben hat [2]).

3) Die Friſt beginnt, wo das tempus ein continuum iſt, alſo in der Regel (ſ. Anm. 1), mit der Verübung des Verbrechens [3]), und zwar nach gemeinem Recht mit dem Tag der Verübung [4]). Wurde das Verbrechen vollendet, ſo nehmen die Meiſten mit Recht an (einige Gbücher ſagen es auch ausdrücklich) [5]), daß erſt mit dem Eintritte des Moments der Vollendung im techn. Sinn die Verjährung beginne [6]), nicht etwa mit der letzten Handlung des Verbrechers, wenn dieſer jene Vollendung erſt nachfolgte [7]). Blieb es dagegen bloß beim Verſuche, ſo iſt natürlich vom letzten Verſuchsakte an zu zählen. Wo Theilnahmehandlungen in Frage ſind, da wird von Vielen die abſtrakte Entſcheidung gegeben, daß ſtets die letzte Handlung des phyſiſchen Urhebers, resp. der Eintritt des Erfolgs entſcheide [8]). Dies iſt jedoch nur in denjenigen Fällen richtig, wo die Theilnahmehandlungen (des Gehilfen oder Anſtifters) als abhängig vom Handeln des phyſiſchen Urhebers, resp. als gelungene Anſtiftung erſcheinen, dagegen nicht, wo dieſelben als relativ ſelbſtändige Akte beurtheilt werden müſſen [9]) (ſ. o. §. 94. 98. 100). Bei fortgeſetzten Verbrechen entſcheidet der letzte verbrecheriſche Akt [10]), was freilich bedenklich erſcheint, wenn der Begriff des fortgeſetzten Ver-

---

1) Aehnlich Zürch. GB. §. 84—86. Thurgau. Art. 93. Sardin. GB. Art. 141. 142.

2) Ebenſo ſchon bei zuchthauswürdigen Verbrechen in Oldenburg. VO. 11. Okt. 1821.

3) Je nachdem a momento oder a die gezählt wird, drücken ſich Schriftſteller und Gbücher verſchieden aus. Außerdem ſind ſie hierüber einverſtanden. ſ. l. 11 §. 4. l. 29 §. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

4) ebenſo Code d'instr. art. 637. Hélie III. 704. Heſſ. GB. Art. 124. Preuß. §. 64. — Das ſächſ., wirtemb., hannövr., braunſchw., badiſche, thüring. GB. nennen dagegen den Augenblick der begangenen resp. vollbrachten ꝛc. That, das öſtr. den Zeitpunkt des begangenen Verbrechens. Eine eigenthümliche Ausnahme hat das wadtl. GB. Art. 75, 3.

5) z. B. bad. GB. §. 191. thüring. Art. 71. braunſchw. §. 72.

6) Aeltere (ſ. z. B. Gründler §. 23) führten freilich ganz unpaſſende Gründe an. ſ. auch Platzmann §. 4.

7) Mit Unrecht meint aber Schwarze S. 459. n. 11, daß Stübel, Grolman und Tittmann dieſer Meinung ſeien, da ſie ſich offenbar nur ungenau ausdrücken, wie wenigſtens bei Stübel aus den Citaten klar zu erſehen iſt. ſ. übr. auch Abegg §. 173. Bauer Anm. II. 251. Ebenſo unrichtig meint er, daß man darauf geführt werde, wenn man der Verj. zugleich mit dem objektiven Momente ein ſubjekt. Motiv unterlege. Denn für den Anfang entſcheidet jedenfalls das erſtere. Dagegen zeigt er richtig, daß auch das ſächſ. GB. nach der comm. opinio auszulegen ſei. S. 460. vgl. hinſ. des hannövr. Gbs in gleicher Frage Bauer Anm. II. 251. v. Bothmer Erört. I. 196. Leonhardt I. 392.

8) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. III). Engau §. 80. Quiſtorp §. 868. n. c. Gründler §. 23. n. b. Stübel §. 1440. ſ. ff. Not. Roßhirt Entw. S. 396. Unterholzner II. 465. n. 2. Müller Strafproz. §. 87. n. 12. Breidenbach I. 2. S. 667.

9) Richtige Andeutungen, jedoch unſicher und ungenau bei Schwarze S. 460. 461. vgl. Tittmann §. 61. und Stübel §. 1444.

10) Es iſt verwirrend, wenn dieſe mit den fortdauernden zuſammengeworfen werden, wie im braunſchw. GB. §. 72 j. 56, bei Mittermaier n. 4 z. F. §. 66, bei Stübel

brechens (unzuläſſig) durch Fiktionen ausgedehnt wird [1]). Sehr getheilt ſind dagegen die Anſichten hinſichtlich der fortdauernden Verbrechen, beſonders hinſichtlich der Bigamie [2]). Man hat dieſen Begriff überhaupt verworfen, weil man nicht die Folgen, ſondern nur die Handlung des Verbrechens beſtrafen dürfe [3]). Allein daraus geht nur hervor, daß man den Begriff richtig begrenzen muß. In der That ſind nämlich fortdauernde Verbrechen nicht alle diejenigen, welche in ihren Folgen fortdauern, was auf die meiſten Verbrechen anwendbar wäre, — daher gehört darunter z. B. nicht die Deſertion [4]), die Befreiung oder Selbſtbefreiung eines Gefangenen [5]); ſondern nur ſolche, welche als verbrecheriſche Akte ſelbſt fortdauern [6]), wie das widerrechtliche Gefangenhalten [7]), die fortdauernde Entziehung der Freiheit, resp. des Staats- oder Familienſchutzes bei Menſchenraub und Entführung [8]), das Leben in mehrfacher Ehe [9]), die Unterdrückung oder Fälſchung des Familienſtandes [10]). Bei wiederholten Verbrechen (im Gegenſatze zu den fortgeſetzten) beginnt die Verjährung je mit der Vollendung der einzelnen Delikte. Daher wäre es für alle diejenigen Geſetzgebungen, welche die Verjährung durch neue Verbrechen nicht unterbrochen werden

---

§. 1441—1443. und in der franz. Jurisprudenz. ſ. darüber Hélie III. 704—714. Hoorebeke p. 97 sq. Cousturier p. 258 sq.

1) v. Bothmer Erört. I. 97. **. Leonhardt I. 393. n. 7. ſ. übr. Unterholzner II. 467. und ſchon Farin. qu. 10. n. 16. 86. vgl. Goldtammer I. 437.

2) Wiesand de initio praescr. in crim. bigam. 1794. Thomas. §. 52. Gründler §. 80. Unterholzner II. 466 f. Wächter Abh. I. 161. n. 31.

3) Stübel §. 1441. 1442.

4) Hélie III. p. 708. 709. ebenſo in Wirtemb. ſ. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 127. n. 4. vgl. Komm. I. 301. Note.

5) Hélie p. 708.

6) welche einen état permanent de flagrant délit konſtituiren. vgl. Breidenbach I. 2. S. 665—667. Schwarze S. 461—465 (unſicher). Nicht ganz richtig Tittmann I. §. 61. ſ. dagegen auch Mittermaier n. 4 z. F. §. 66. Thilo S. 210. 211. Goldtammer I. 435—437 (nicht ganz genau).

7) Breidenbach S. 665. Hélie p. 705. Hufnagel I. 301.

8) Mit Unrecht beſchränkt das bad. GB. §. 347 die hinſichtlich der Entführung getroffene Beſtimmung auf den Fall des §. 339. A. M. Hélie p. 706, ſ. jedoch Jousse ib. cit. Hufnagel a. a. O.

9) Manche Geſetzgebungen ſehen freilich das Eingehen der zweiten Ehe als ein Faktum an, das ſofort verjähre, — ſ. z. B. preuß. Krim.O. §. 601. vgl. über Wirtemberg Hufnagel III. 363. 648. Code pén. art. 340. Hélie p. 706 (anders die frühere Jurisprudenz in Frankreich), — ſo auch Unterholzner II. 466. Henke IV. 190. Müller Strafproz. §. 87. n. 12. Heffter §. 189. n. 4. Indeſſen läßt man denn doch die Verjährung des mit der Bigamie verbundenen Ehebruches erſt mit der Auflöſung der einen oder andern Verbindung durch Tod oder im Wege Rechtens, resp. ſchon dann, wenn der Beiſchlaf in der bigamiſchen Verbindung unterlaſſen, dieſe aufgegeben wird (Thomas. Wiesand l. c. Wächter a. a. O. A. M. dagegen Gründler), beginnen. Unrichtiger Weiſe meint Schwarze S. 462. S. 16, dies ſei bloß Henkes Anſicht. vgl. bair. Strafger. II. 179. — Mehrere neuen Geſetzgebungen gehen dagegen von dem richtigen Geſichtspunkt aus, ſ. z. B. bad. GB. §. 357. preuß. GB. §. 139. vgl. Beſeler S. 308. 309, der auch S. 199 die Begriffe von fortgeſetzten und fortdauernden Verbrechen ſich nicht klar gemacht hat. braunſchw. GB. Mot. (Breym.) S. 231. vgl. Breidenbach I. 2. S. 665. 666. Schwarze S. 461 f. (S. 463 mit Recht gegen Wächter). ſächſ. Entw. Art. 109.

10) Püttmann Elem. §. 1053. Grolman §. 523.

lassen [1]), doppelt am Platz gewesen, zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen möglichst genau zu unterscheiden, was aber freilich großentheils nicht geschehen ist [2]).

4) Wann die Frist ablaufe, ist nach gemeinem Rechte sehr bestritten. Nach der einen Ansicht soll hier die Civilberechnung, nach der andern die Naturalberechnung in Anwendung kommen [3]). Dabei streiten aber die Vertheidiger der ersten Meinung wieder darüber, ob die natürliche Berechnung durch die civile überschritten werde oder nicht [4])? Von den neuen Gesetzgebungen rechnen einige einfach a momento ad momentum [5]), andere rechnen den Anfangstag ganz ein, wenn auch das Delikt erst am Schlusse desselben begangen sein sollte [6]); wieder andere zählen vom Augenblick der beendigten That an bis zum Anfang des letzten Tags der gesetzlich bestimmten Frist [7]). Das Richtigste, da hier außer der Sache selbst kein andres Moment (wie der favor rei u. dgl.) entscheidend sein kann, ist die einfache Rechnung a momento ad momentum [8]).

5) Bei den neuen deutschen Gesetzgebungen entsteht jedoch im einzelnen Fall die schwierige Frage, welche von den verschiedenen Verjährungsfristen die zutreffende sei? Daß es jedenfalls zunächst nicht auf die in concreto verwirkte, sondern auf die gesetzlich angedrohte Strafe ankommt, ist allgemein [9]) zugegeben, wenn gleich der hie und da dafür angegebene Grund [10]), daß es ja überhaupt Zweck der Verjährung sei, gerichtliche Untersuchungen abzuschneiden, nicht richtig ist [11]). Ueberall sicher leitend wäre nun jenes, wenn jedes Delikt seine schlechthin bestimmte Strafe hätte, so daß nirgends Strafgrenzen vorkommen könnten, die von einer Stufe der Verjährungsskala in die andere hinein reichten. Eine solche scharfe Abgrenzung läßt sich jedoch nicht durchführen (s. das ff. Kap.); überdies

---

1) Die Bemerkung von Breidenbach S. 667. n. 11 ist irrig. In den betr. Staaten (Oestreich, Baiern, Wirtemberg) läuft allerdings die Verjährung ganz ebenso, aber sie wird durch das wiederholte Verbrechen unterbrochen.

2) sowenig als im franz. Recht; s. die verschiedenen Ansichten und Bestrebungen, Regel in die Unordnung zu bringen, bei Hélie, Hoorebeke, Cousturier a. a. O.

3) s. Wächter Lb. I. S. 271. Gründler N. Arch. 1841. S. 512—515 (?).

4) Für letzteres Roßhirt Entw. S. 397—402. Müller §. 87. n. 13. — Dag. Unterholzner II. 468. Heffter §. 189. n. 7. vgl. v. Savigny Syst. IV. 368. 412 ff.

5) Sächs., hannövr., bad., östr. GB.

6) Hess., preuß. GB. Breidenbach I. 2. S. 663. Goldtammer I. 437 (der den Endpunkt mit dem Anfang des letzten Tags setzt). Anders der bair. Entw. Art. 72., der diesen Tag nicht einrechnet und die Frist mit dem Ablauf des letzten Tags schließen läßt. vgl. Hélie p. 704.

7) Wirtemb., braunschw., thüring. GB., neuer sächs. Entw.

8) Feuerbach §. 66. Grolman §. 523. Bauer §. 134.

9) Anders in der franz. u. belgischen Jurisprudenz, wo gerade hierauf das Hauptgewicht gelegt wird. Hélie p. 686 sq. Cousturier p. 289 sq. (von Mittermaier gebilligt N. Arch. 1849. S. 572).

10) Bauer Anm. I. 548. Schlüter S. 72. n. 42. Breidenbach I. 2. S. 679. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 231. 232. Bei hannövr. u. hessischen Schriftstellern fällt dies um so mehr auf, da gerade diese Gbücher gewisse Verj.fristen nur für dolose Verbrechen bestimmen, der dolus aber doch der äußeren That nicht an die Stirn geschrieben ist.

11) Leonhardt I. 390.

aber gehen die neuen Gbücher gar nicht selten in der Erweiterung des richterlichen Ermessens noch viel weiter, als nöthig und zweckmäßig ist, und so entstehen denn Strafdrohungen von sehr großem Umfang. Namentlich solche, die zwei, ja drei verschiedene, in verschiedene Verjährungsstufen verwiesene Strafarten umfassen [1]). Welche soll nun für die Verjährung den Ausschlag geben, die höchste oder die niederste? Offenbar keine von beiden, da beide gesetzlich angedroht sind. Es bleibt also nichts übrig, als eine Untersuchung über den konkreten Fall insoweit anzustellen, bis sich herausstellt, ob die höhere oder geringere Strafart zu erkennen wäre, in dubio aber pro reo, d. h. für die letztere zu entscheiden [2]). Indessen läßt sich hier dadurch abhelfen, daß das Gesetz ausdrücklich zum Voraus erklärt, es solle für die Verjährung die höchste [3]) oder die niedrigste [4]) Strafgrenze entscheiden, was jedoch beides zu großen Inkonvenienzen führen kann [5]). Läßt sich aber hier eine Untersuchung des konkreten Falls vermeiden, so ist dies bei einer ganzen Reihe von Verbrechen nicht der Fall, welche verschiedene Stufen haben und je nach diesen mit den verschiedensten Strafen bedroht sind (namentlich Diebstahl und Raub). Hier muß nothwendig festgestellt werden, welche Stufe des Verbrechens (z. B. je nach dem Betrage des Gestohlenen, den Qualifikationen der That ꝛc.) vorliege; im Zweifelsfalle wird aber wieder für die geringere Stufe, d. h. die kürzere Verjährungsfrist entschieden werden müssen [6]). Zweifelhafter ist die Frage, ob auch gesetzlich bestimmte Schärfungs- und Milderungsgründe berücksichtigt werden sollen? Hierher gehören nun zunächst nicht solche Fälle, wo das Gesetz je nach dem Werth des Gegenstands oder andern Umständen eine höhere oder geringere Strafart androht [7]). Diese fallen lediglich unter die vorige Regel, da hier in der That verschiedene Verbrechensstufen vorliegen [8]). Wo dies aber nicht der Fall ist, da ist es an sich völlig gleichgiltig, ob das Gesetz im einzelnen Fall wegen erschwerender oder mildernder Umstände in eine höhere oder

1) Man darf sich darüber nicht wundern, da von Seiten der Doktrin in dem Predigen der Zweckmäßigkeit alternativer Strafdrohungen so oft alles Maß überschritten wurde. Beispiele liefert namentlich das hannövrische GB.

2) s. Leonhardt I. S. 388. A. M. Bauer Anm. I. 548. Schlüter a. a. O.

3) So das preuß. GB. §. 46. Thüring. GB. Art. 71. Bad. §. 190. Ebenso ist nach Breym. S. 231. 232 das braunschw., nach Breidenbach S. 680 das hessische GB. auszulegen. s. dag. Hufnagel I. 298—300. Oestr. Hofdekr. 11. Apr. 1834. Weiß S. 323. 324 (vgl. jed. Krug Stud. I. 144. u. Mot. z. neuen Entw. Art. 106 f.).

4) Von Bauer Anm. II. 250 vorgeschlagen.

5) Dies hat sich besonders am sächs. GB. gezeigt, das mehrfach lebensl. Zuchthaus nur relativ neben zeitlichem androht, wo denn Zweifel entstanden, ob im einzelnen Fall Verjährung überhaupt stattfinden könne oder nicht. Im thüring. GB. u. im neuen Entw. ist dieser Uebelstand beseitigt.

6) Leonhardt I. 388. Breidenbach I. 2. S. 680. Dies Verfahren ist auch nach denjenigen Gesetzgebungen unvermeidlich, welche die Regel aufstellen, daß die Maximalstrafe entscheide. s. auch Hufnagel I. 291 u. Kapff ib. cit.

7) s. z. B. hannövr. GB. Art. 137.

8) Insoweit entscheidet Leonhardt I. 389 richtig. Abgesehen aber hievon steht das, was er ausführt, im schneidendsten Widerspruch mit dem S. 387 Behaupteten. Die Prinziplosigkeit zeigt sich auch darin, daß er bei c) bald die poena ord., bald den Satz: in dubio pro reo als Regel gelten lassen will. Er scheint sich durch Breidenbach haben irre führen zu lassen. Fast unbegreiflich ist S. 388. n. 6.

geringere Strafart überzugehen gestattet, oder ob dies wegen allgemein aufgestellter Schärfungs- oder Milderungsgründe geschehen müßte. Wollte man nun hier allgemeinhin die Regel aufstellen [1]), daß die Verjährungszeit sich nach diesen Umständen richten müsse, so wäre dies offenbar höchst unzweckmäßig, da in jedem Falle geradezu eine vollständige Untersuchung durchgeführt werden müßte [2]). Andrerseits kann im einzelnen Fall das Dasein eines solchen Umstands schon bei der Anschuldigung ganz klar vorliegen, resp. durch die einfachste Untersuchung sich ermitteln lassen, wie z. B. Jugend, Rückfall, — ja, es kann, wenn es sich um eine nur nach bereits gepflogener Untersuchung wieder in Gang gekommene Verjährung handelt, ein solcher Umstand bereits völlig bewiesen sein. Hier wäre es nun offenbar die größte Ungerechtigkeit nach der einen oder andern Seite hin, wenn der fragliche Umstand bei Bestimmung der Verjährungszeit ignorirt werden sollte [3]). Man wird daher hinsichtlich jener Frage keine allgemeine Regel aufstellen, sondern so entscheiden müssen, daß die Frist sich zunächst nach der poena ordinaria richte, dagegen in den zuletzt angegebenen Fällen nach der durch den Schärfungs- oder Milderungsgrund bestimmten Strafe. — Nach dem bisher Ausgeführten kann es nun in verschiedenen Fällen vorkommen, daß in Voraussetzung eines schwereren Verbrechens und einer hiernach längeren Verjährungsfrist, oder auch nur behufs der Ermittlung der zutreffenden Frist eine Untersuchung eröffnet und weiter geführt wird, hiebei aber gleichwohl sich herausstellt, daß nur eine Strafe zu erkennen ist, welcher gemäß vor Eröffnung der Untersuchung die Verjährung bereits abgelaufen war. Solchenfalls muß trotz der geführten Untersuchung im Enderkenntniß die Straflosigkeit des Thäters wegen abgelaufener Verjährung ausgesprochen werden [4]). Für den Fall, wo sich durch die Untersuchung eine geringere Verbrechensstufe herausstellt, ist dies auch für diejenigen Gesetzgebungen unzweifelhaft, welche die Verjährung nach der höchsten der angedrohten Strafen sich richten lassen. Zweifelhafter ist es für den Fall, wo ein Milderungsgrund sich ergiebt [5]). — Unnöthige Fragen hat man hinsichtlich des

---

1) So Mittermaier nach dem Vorgang franz. u. belgischer Juristen. Uebrigens ist der franz. Kassationshof keineswegs ganz dieser Ansicht, da er zwar bei der Jugend sie anerkennt, nicht aber bei anderen Milderungsgründen. Hélie p. 687. 691. s. dag. ein arrêt des belg. KHofs v. 1843 b. Cousturier p. 287.

2) Dies erscheint nach der belgischen Ansicht unvermeidlich, wogegen bei Hélie immer nur von solchen Fällen die Rede ist, wo das Dasein eines bloßen délit, eines Milderungsgrundes ꝛc. schon ermittelt vorliegt.

3) Hélie hat daher Recht, wenn er in dieser Beziehung dem franz. Kass.-hof Inkonsequenz vorwirft.

4) A. M. Breidenbach I. 2. S. 681, der sich geradenwegs darauf beruft, daß bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtmäßigkeit der Verjährung der Gesetzgeber hier wohl durchgreifende Normen aufstellen dürfe. s. dag. Hufnagel I. 300.

5) Es scheint hier allerdings der von Leonhardt I. 390 in anderer Richtung geltend gemachte Satz einzutreten, daß es sich nur von der angedrohten, nicht von der in concreto verwirkten Strafe handeln könne. Allein wie häufig ist namentlich im preuß. GB. der Beisatz, daß unter mildernden Umständen die Strafe (oft sehr bedeutend) ermäßigt werden soll, so zwar daß sie in eine andre Stufe der Skala des §. 46 fällt, — z. B. §. 196 j. 193. 194! Hier ist die letztere Strafe auch eine gesetzlich angedrohte (Beseler S. 31). Soll nun bloß wegen der Regel des §. 46 die 20j. Verjährung eintreten, auch wenn sich nach elf Jahren herausstellt, daß die schwere Körperverletzung (§. 193. 194) den Milderungsgrund des §. 196 für sich hat?

Verſuchs und der Beihilfe aufgeworfen [1]). Es kommt hier Alles darauf an, ob das Geſetz hiefür abſolut geringere Strafen aufſtellt [2]) oder nicht. Letzternfalls [3]) entſcheidet die poena ord. der Vollendung, resp. Urheberſchaft [4]). —

§. 129.

Der Lauf der Verjährung wird unterbrochen durch jede gegen den Thäter als Angeſchuldigten wegen des fraglichen Verbrechens gerichtete gerichtliche Handlung. Führt die eingeleitete Unterſuchung nicht ſofort zu einer rechtskräftigen Verurtheilung, ſo läuft die Verjährung von neuem von dem letzten gerichtlichen Akte an.

1) Der erſte Satz des §. iſt im röm. Recht unzweifelhaft ausgeſprochen [5]); und zwar ergiebt ſich aus der Analogie des römiſchen Anklageprozeſſes, daß die Handlung gegen die Perſon des Thäters, gegen ihn als Angeſchuldigten gerichtet ſein muß. Es genügt daher nicht an Handlungen, die bloß auf Herſtellung des objektiven Thatbeſtands [6]), oder auch auf Sammlung von Verdachtsgründen gegen den Thäter gerichtet ſind [7]), nicht an einer Vernehmung des Thäters in der Eigenſchaft eines Zeugen [8]) ꝛc., wohl aber jeder gerichtliche Akt, der die Abſicht, den Thäter ſofort als Angeſchuldigten zu behandeln, unzweifelhaft ausſpricht [9]), ſei es auch nur ein hierauf gerichteter Beſchluß des Gerichts (resp.

Muß nicht ebenſo der Mild.grund der Jugend (§. 43) als ein das Strafmaß geſetzlich zum Voraus beſtimmender für die Verjährungszeit entſcheiden, wenn gleich das Delikt an ſich mit viel höheren Strafen bedroht iſt, — wie dies das öſtreich. GB. §. 232 ausdrücklich ausſpricht? — Auch Leonhardt I. 387 hat hinſichtlich der Jugend Zweifel, löst ſie aber ſehr unglücklich. Breidenbach S. 683 giebt hier das Richtige zu. Oberflächlich und unklar über alle dieſe Fragen iſt Goldtammer I. 438.

1) Hufnagel I. 300 (u. darnach Hepp Komm. I. 941. n. 6). Breidenbach I. 2. S. 681. Leonhardt I. 391. — Weiß S. 324 (nach Art. 80 j. 26 a. E. iſt freilich die Frage nach ſächſ. Recht eine bedeutende und je nach Auslegung des Art. 80 zweifelhafte).

2) Wie z. B. allgemein das hannövr., heſſiſche GB., relativ (bei todeswürdigen, resp. mit lebensl. Zuchthaus bedrohten Verbrechen) das ſächſ., braunſchw., thüringiſche, bad., preuß. GB., u. in ſpeziell beſtimmten Ausnahmefällen das öſtr. GB. Hye S. 298.

3) So nach allen Gbüchern die, resp. ſoweit ſie für die Strafe des Verſuchs kein Maximum beſtimmen, das in einer andern Strafſphäre liegt, als die Strafe des vollendeten Verbrechens. Am ſtrengſten iſt hiernach das wirt. Recht, nach welchem nur beim Morde eine (nicht einmal auf Mißhandlung des Regenten) erſtreckte Ausnahme beſteht, — freilich nur infolge prinzipios fragmentariſcher, vom Zaune gebrochener Geſetzgebung. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 10. Geſ. 17. Juni 1853. Art. 1.

4) Ueber all dieſe Fragen ſchweigen die neueren Lehrbücher wieder ganz. ſ. dag. Häberlin I. 188 ff. (der freilich Mehreres unrichtig auffaßt oder verworren darſtellt; ſ. z. B. S. 196—198).

5) L. 29 §. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). vgl. überhaupt Stübel §. 1460 ff. Platzmann §. 6 sq.

6) ſo Leyser Sp. 515. m. 4. 5.

7) durch Abhör von Zeugen ꝛc. So noch Breidenbach I. 2. S. 687. 691. 692. ſ. dag. Stübel §. 1462. not. b.

8) ſo Breidenbach a. a. O. Gründler N. Arch. 1841. S. 527.

9) ſ. beſ. v. Wening-Ingenheim im N. Arch. VI. 228 ff. Unterholzner II. 469. 470. Müller Strafproz. §. 87. n. 15. 16. Tittmann

eines Obergerichts), um ſo mehr eine in dieſem Sinne vorgenommene Ladung, Verhaftung, ein Steckbrief, Nacheile [1]) ꝛc. Dagegen erſcheint die früher vielfach verhandelte Kontroverſe [2]), ob Akte der Generalunterſuchung genügen, oder ob ſolche, die zur Spezialunterſuchung gehören, erforderlich ſeien, um ſo mehr als veraltet, da dieſer Unterſchied von der Praxis meiſt ſeit längerer Zeit verwiſcht war, wiewohl die darüber gepflogenen Verhandlungen noch jetzt lehrreich ſind, beſonders wo ſie ſich an Partikularrechte anſchloßen, welche jenen Unterſchied wieder genauer fixirt und durchgeführt hatten [3]). — Uebrigens war insbeſondere noch beſtritten, ob der Akt nur von einem Kriminalrichter und zwar dem kompetenten [4]) ausgehen müſſe oder nicht. Außerdem ließen Manche unrichtiger Weiſe auch noch durch andre Umſtände eine Unterbrechung der Verjährung eintreten, — namentlich durch weitere Verbrechen, resp. die wegen dieſer eingeleitete Unterſuchung [5]), — durch die Anſtellung der Civilklage wegen eines aus dem Verbrechen entſtandenen Civilanſpruchs [6]) (damit iſt der Fall nicht zu verwechſeln [7]), wenn eine Civilſache für den Kriminalpunkt präjudiziell iſt; allein von dieſem iſt gleichwohl daſſelbe zu behaupten, da der Kriminalrichter nicht gehindert iſt, ſchon vor der Eröffnung des betreffenden Civilverfahrens einen die Verjährung unterbrechenden Akt vorzunehmen [8]), worauf freilich bis zur Entſcheidung der Civilſache die Verjährung ruhen muß, da jene als ſtellvertretend für die Kriminal-

---

§. 61. n. w. Feuerbach §. 67 (freilich nicht beſtimmt genug), Grolman §. 524. not. a. Heffter §. 189. n. 8. Martin Strafproz. §. 22. not. 8. Marezoll S. 209. n. 1. — Abegg §. 173 und Bauer §. 134 erklären ſich ſehr ungenau. ſ. dag. Bauer Anm. II. 251. Mittermaier n. l. z. F. §. 67 (gleichfalls nicht beſtimmt genug; ſ. aber auch N. Arch. 1849. S. 581). Zachariä im N. Arch. 1842. S. 201 ff. Schwarze eb. 1843. S. 472.

1) Ohne genügenden Grund ſchließt Stübel Steckbriefe aus; ſ. aber den von ihm ſelbſt angef. Kleinſchrod Abh. II. 374. Auch eine Ediktalladung genügt.

2) Für die Gen.Inqu. ſ. Farinac. qu. 10. n. 28. Carpzov qu. 141. n. 53. Böhmer ad h. l. obs. 1. IV. Leyser Sp. 515. m. 4. 5. Eichmann z. Rave §. 162. n. f. Gründler im N. Arch. 1841. S. 519 ff., nicht aber Alle, die er n. 25 anführt. — Dag. Lauterbach §. 26. Engau §. 108. Rave §. 162. Hallacher §. 11. Quiſtorp §. 868. Gründler §. 32. Klein §. 186. Stübel §. 1467. und (der Sache nach) die S. 498. not. 9. Angeff. (wiewohl ſie es zum Theil ausdrücklich in Abrede ziehen, wie Unterholzner, Zachariä, Mittermaier ꝛc.).

3) ſ. beſ. die ſcharfſinnige Abh. von v. Wening-Ingenheim a. a. O.

4) Dag. Dabelow II. 361. Feuerbach, Abegg, Bauer a. a. O., Breidenbach (S. 689). ſ. jedoch Stübel §. 1466. j. 1490. Quiſtorp §. 869. Grolman a. a. O. Gründler §. 34. 35. Martin §. 22. Mehrere laſſen jeden zum erſten Angriff zuſtändigen Richter genügen, wie Henke IV. 195 f., Heffter, Müller a. a. O., wie es ſcheint, auch Mittermaier, ſ. noch Platzmann p. 15. Schwarze S. 473. n. 42. u. Schaffrath ib. cit. Selbſt Akte von Polizeibehörden hält für hinreichend Breidenbach S. 687.

5) ſo Dabelow II. 359. Tittmann §. 61. not. v. ſ. dag. Gründler §. 34. Stübel §. 1468. not. a. Henke IV. 201.

6) A. M. Berger oecon. jur. III, 15, 1. n. 2. ſ. dag. Gründler §. 34. Stübel eb. not. b. Payſen §. 114.

7) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. IV.

8) Gründler §. 34. Leyser Sp. 515. m. 8. Hélie p. 718. 735.

unterſuchung ſelbſt erſcheint) [1]), — durch Selbſtanklage des Thäters [2]), — durch Denunziation Seitens des Verletzten oder eines Dritten [3]).

2) Gedachter Grundſatz des gem. Rechts entſpricht auch der Natur der Sache. Denn, wenn man etwa ſagen wollte [4]), aus dem objektiven Grunde der Verjährung folge, daß ſie unterbrochen werden müſſe, ſobald die Staatsbehörden durch Eröffnung einer Unterſuchung den ernſtlichen Willen zeigen, die That der begrabenden Macht der Zeit zu entziehen, ſo iſt doch klar, daß dies praktiſch erfolgreich nur dann geſchehen kann, wenn man den Thäter kennt und ihn gerichtlich zu verfolgen im Stande iſt, daher eine Unterſuchung, die ſo weit nicht gedieh, noch keineswegs als eine ſolche erſcheint, welche in Wahrheit das Andenken des Verbrechens wieder zu beleben vermöchte [5]). Indeſſen ſind hiemit die neueren Geſetzgebungen keineswegs durchaus einverſtanden. Vollſtändig iſt dies der Fall mit der wirtembergiſchen [6]), die ſogar noch mehr beſchränkt. Ganz im Sinne der Anm. 1 dagegen iſt zu erklären die ſächſiſche [7]), die braunſchweigiſche [8]), die badiſche, die preußiſche [9]). Unklar iſt die bairiſche [10]). Bloß ganz allgemein von gerichtlichen Handlungen gegen den Thäter wegen des fraglichen Verbrechens ſprechen das hannövriſche [11]), thüringiſche und das heſſiſche GB., werden aber wegen dieſer Unbeſtimmtheit ſehr verſchieden ausgelegt [12]). Das öſtr. GB. 1803 ſprach ebenſo unbeſtimmt von In-Unterſuchung-ziehen; das revid. erklärt dies jedoch in ausreichender Deutlichkeit

---

1) Sächſ. Entw. Art. 111.

2) ſo wegen l. 7 §. 5 C. de praescr. 30 annor. (7. 39) Martin §. 22. n. 11. Müller §. 87. n. 17. Marezoll S. 209. n. 2. ſ. dag. Stübel §. 1465. Platzmann p. 16.

3) Dabelow II. 360. ſ. dag. Stübel §. 1463. n. b. Tittmann §. 61. not. w.

4) Davon geht das franz. Recht aus. — Gar keine Unterbrechung der Verjährung läßt dagegen das ſchottiſche zu, was Mittermaier N. Arch. 1849. S. 575—577 billigt.

5) vgl. beſ. Klein Grundſ. §. 186 und die in dieſer Beziehung gut gewählten Worte von Feuerbach §. 67.

6) GB. Art. 132. vgl. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 19. Schwurger.Geſ. Art. 46. Das GB. wird von Breidenbach S. 692. 693 mit Unrecht getadelt. Die neuen Geſetze gehen wohl zu weit. Auch nach dem GB. genügte übrigens nie ein bloßer Beſchluß des Gerichts.

7) Schwarze S. 472. Die vieldeutigen Ausdrücke des Art. 79 ſind nur gewählt, um Steckbriefe nicht auszuſchließen. Weiß S. 318. vgl. den Entw. Art. 111, der ganz klar ſpricht.

8) Breym. S. 231 iſt nach den ſtänd. Bh. das Gegentheil geſagt, gegen das klare Wort des §. 72.

9) Beſeler S. 199—202. Die Faſſung giebt freilich zu Zweifeln Raum. ſ. aber auch Goldtammer I. 439.

10) vgl. v. Wening-Ingenheim a. a. O., der ſie ganz ebenſo auslegt, freilich auf künſtliche Weiſe. ſ. aber dieſelbe Auslegung bei Arnold N. Arch. 1844. S. 210 u. in der n. 2. angef. Abh. vgl. Gönner u. Schmidtlein JB. I. 216 u. beſ. Bair. Strafger. II. 325 f. 437. 438. III. 10 f. 189 f. IV. 385. 395. V. 243 f.

11) Völlig irrthümlich ſagt Mittermaier n. 1. z. F. §. 67 a. E., das hannövr. GB. ſage gar nichts von Unterbrechung der Verjährung.

12) Leonhardt I. 394. 395. v. Bothmer Erört. I. 195. 209. Breidenbach I. 2. S. 690—693.

im Sinne der Anm. 1 [1]). — Auch in Beziehung auf die Frage der Zuſtändigkeit beſteht keine Uebereinſtimmung. Nach dem wirtemb. GB. müſſen die Akte entſchieden von dem für die fragliche Unterſuchung zuſtändigen Gerichte ausgegangen ſein. Das Gleiche iſt nach dem öſtr. und bad. GB. anzunehmen, da Akte, wie ſie hier bezeichnet werden, eben nur von jenem Gerichte (resp. einem durch Requiſition zuſtändig gewordenen) ausgehen können. Ebenſo nach dem braunſchw. Stillſchweigen über die Frage beobachten das bair., ſächſ. [2]), hannövriſche GB. Jedenfalls ſprechen alle dieſe Gbücher (mit Ausnahme des bair.) von gerichtlichen Handlungen, ſchließen alſo die Akte von Polizeibehörden aus [3]). Eben dies thut das heſſiſche, welches im Uebrigen nicht einen Akt des in der Sache kompetenten Richters verlangt [4]). Akte von Polizeibehörden ſind zugelaſſen im thüring. GB. u. im ſächſ. Entw. Nach beiden iſt Zuſtändigkeit für die fragliche Unterſuchung nicht nothwendig [5]). Ebenſowenig nach dem preuß., welches dagegen Polizeibehörden [6]) nicht, wohl aber (wie das thüring. GB. u. der ſächſ. Entw.) die Staatsanwaltſchaft dem Gericht gleichſtellt. — Dem wirt. GB. eigenthümlich iſt die Unterbrechung der Verjährung durch neue Verbrechen des Thäters [7]), wogegen das bair. u. öſtr. richtiger ſagen, daß ſolchenfalls die Berufung auf Verjährung ausgeſchloſſen werde. — Ganz gehen endlich die neuen Gbücher hinſichtlich der Unterbrechung der Verjährung bei nicht ex officio zu unterſuchenden Delikten auseinander. Nach dem preuß., öſtr. und heſſ. GB. (u. dem bair. Entw.) treten, ſobald nur das Klagerecht noch rechtzeitig ausgeübt worden iſt, hinſichtlich der Unterbrechung ganz die gewöhnlichen Grundſätze ein, ohne daß es dem Betheiligten geſtattet wäre, durch Anträge von ſeiner Seite noch irgendwie auf den ferneren Gang der Sache einzuwirken. Das Letztere iſt auch nach dem wirtemb., hannövr. [8]) und badiſchen GB. der Fall; es tritt aber nach dieſen zugleich das Weitere ein, daß mit dem Ablaufe der abſoluten Friſt für das Klagerecht auch das Delikt ſelbſt ſchlechthin verjährt, daher, wenn das Gericht die Unterſuchung eröffnete, dieſelbe aber wieder liegen blieb, nun keine neue Verjährung beginnt, ſondern mit dem Ablauf jener Zeit Alles

---

1) Von ganz andern Anſichten (ſ. d. Anm. i. A.) geht das franz. Recht aus. Hélie III. p. 722 sq. Dieſen folgt der bair. Entw. Art. 73. Ueber das preuß. GB. §. 47. 48 ſ. Temme Gloſſen S. 122. 123.

2) Daher verſchiedene Anſichten bei Weiß S. 318, Schwarze S. 473. n. 42.

3) Gleichwohl iſt hinſ. des braunſchw. GBs das Gegentheil behauptet in Breym. S. 232. ſ. Leonhardt I. 395. u. bair. Entw. Art. 73.

4) Breidenbach S. 688—690.

5) Denn es iſt im thüring. GB. bloß von Handlungen gegen die Perſon des Verbrechers, — nicht gegen ihn als Angeſchuldigten die Rede. vgl. bair. Entw. Der ſächſ. Entw. Art. 111 ſagt es ausdrücklich. Ebenſo das franz. Recht. Hélie p. 727—729.

6) A. M. Goldtammer I. 439. ſ. dag. Temme Gloſſen S. 123. Daß Handlungen von Adminiſtrativbehörden nicht genügen, iſt jedenfalls unzweifelhaft. ſ. Goldtammer I. 383.

7) Ueber zweifelhafte Fragen hiebei ſ. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 128. nr. 7. 8. Bei Delikten, die nicht von Amtswegen zu unterſuchen ſind, u. bei Polizeiübertretungen (Pol.Str.Gb. Art. 105) tritt dieſe Art der Unterbrechung nicht ein.

8) Leonhardt I. 395—397. Mit Unrecht nimmt Häberlin I. 198 an, nach wirt. Recht könne die eingeſchlafene Unterſuchung durch neue Anregungen des Betheiligten unterbrochen werden. Eigenthümlich iſt das Zürch. GB. §. 68.

ein Ende hat. Mit dem letzteren Punkte stimmt wiederum das thüring. GB. überein; es gestattet jedoch innerhalb der absoluten Frist von 5 J. dem Betheiligten im Falle der Unthätigkeit des Gerichts, resp. des Aufhörens seiner Thätigkeit, die von Neuem laufende (einjährige) Frist durch neue Anträge zu unterbrechen. Eben dies gestatten endlich das sächs. [1]) und braunschw. GB. ohne alle Beschränkung, so daß nach ihnen die Verjährung sowohl durch Handlungen des Gerichts, als durch Anträge des Betheiligten stets von Neuem unterbrochen werden kann; — Bestimmungen, welche offenbar mit dem Prinzip, woraus die Beschränkung des ursprünglichen Klagerechts auf eine absolute Frist [2]) hervorgeht, schlechthin im Widerspruch stehen [3]). — Von selbst versteht sich, daß bei einem concursus delictorum oder ad delictum die Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich Eines Verbrechens, resp. Eines Theilnehmers auf die übrigen nicht mitwirkt [4]), und daß die durch einen Richter bewirkte Unterbrechung im ganzen Staat Geltung hat. —

3) Der zweite Satz des §. ist im gem. Rechte sehr kontrovers. Nach der einen Ansicht soll die einmal unterbrochene Verjährung nie wieder zu laufen beginnen [5]); nach einer andern soll die Unterbrechung durch ihr Aufhören wirkungslos werden, und zwar nach einigen so, daß wenigstens die Zeit der Unterbrechung abzurechnen sei, mithin jetzt nur noch der Rest der Verjährungszeit abzulaufen habe [6]); nach Andern dagegen sogar in der Weise, daß selbst die Zeit der Unterbrechung in die Verjährung mit eingerechnet werden müsse [7]). Indessen werden diese Ansichten nicht immer abstrakt geltend gemacht, sondern verschiedene Fälle unterschieden. Die erstere namentlich wird auf den Fall beschränkt, wo der Prozeß fortdaure oder auf rechtswidrige Weise beseitigt werde, daher Fortsetzung (resp. Wiederanfang) der Verjährung zugelassen, wenn der Prozeß auf eine nicht rechtswidrige Weise wieder aufgehoben worden sei [8]). Ebenso wird die andere Ansicht gewöhnlich auf solche Fälle beschränkt, wo dem Liegenbleiben der angefangenen Untersuchung keine Schuld des Angeklagten oder kein bloßer Zufall zu Grunde liege, wogegen, wenn dies der Fall sei, nicht mehr die frühere Verjährung fortlaufen könne, sondern eine neue beginnen müsse [9]). Nach einer dritten Ansicht ist Letzteres in jedem Falle statthaft und erforderlich, wo eine die

---

1) Auch wieder der Entw. Art. 111. Nach dem sächs. GB. läuft dem Betheiligten hier stets wieder die einjährige, nach dem braunschw. sogar die gewöhnliche Frist. Mit Recht wich hierin der hamb. Entw. 1849. Art. 59. 60 vom letztern ab (im Sinne des wirt. GBs).

2) Auch diese ist freilich nach dem sächs. GB. (u. Entw.) ungebührlich lang. vgl. Schwarze S. 467. 468.

3) Hierin findet Schwarze S. 475. 476 nichts Auffallendes. vgl. vor. Note.

4) Anders beim conc. ad del. nach franz. Recht, was sogar auf den conc. del. ausgedehnt wird. s. Hélie p. 729—731. Goldtammer I. 440.

5) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. IV. Dabelow II. 364. Breidenbach I. 2. S. 693.

6) Zachariä N. Arch. 1842. S. 201—207.

7) Rave §. 162. nr. 3. u. Eichmann not. h—k. Stübel §. 1472—1474. Doch wird dies nicht bei allen Arten der Unterbrechung behauptet. s. Stübel §. 1483 f.

8) Müller §. 87. n. 19. Heffter §. 189. n. 9. Abegg §. 173. Martin §. 22. n. 13. Roßhirt Entw. S. 203—205. Tittmann §. 61. not. x.

9) Stübel §. 1483 ff. vgl. Rave u. Eichmann l. c.

Verjährung unterbrechende Unterſuchung aus irgend einem Grunde nicht zur Verurtheilung führt [1]). Vom poſitiven Recht größtentheils im Stich gelaſſen, berief man ſich meiſt theils auf die Analogie der Civilverjährung, theils auf die freilich ſehr verſchieden angeſehene Natur der Sache, wobei man ſehr verſchiedene Regeln zur Anwendung brachte, daher ſich auch die extremen Anſichten nicht ſelten kreuzten [2]). — Die eingeleitete Unterſuchung kann aus mehreren Gründen nicht zur Verjährung geführt haben: a) ſie hat zur Freiſprechung oder Inſtanzentbindung geführt. Einige wollen beide Fälle verſchieden behandeln, d. h. im erſteren zwar die Verjährung in Kraft erhalten oder aufs Neue in Kraft ſetzen, im zweiten dagegen für immer ausſchließen [3]), weil hier die Unterſuchung als ſtets fortdauernd zu betrachten ſei. Mit Recht wird jedoch dieſer Grund von den Meiſten verworfen [4]), und daher zwiſchen beiden Fällen kein Unterſchied gemacht [5]). Indeſſen iſt nun namentlich darüber Streit, ob nach der Sentenz nur der Reſt der früher begonnenen Verjährung ablaufe [6]), oder ſogar die Unterbrechung als gar nicht eingetreten zu betrachten ſei [7]), oder ob jetzt eine neue Verjährung anfange [8])? Die erſte Meinung ſtützt ſich auf die l. 31 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). Allein der römiſche Entſcheidungsgrund bezieht ſich auf die beſondere Natur des Anklageprozeſſes [9]), und jedenfalls widerſpricht das Zuſammenflicken zweier getrennten Zeitparzellen ganz und gar dem Weſen der Verjährung [10]), daher das römiſche Recht es auch nur für ſinguläre Fälle der aequitas halber zuließ. Ebenſo unrichtig iſt aber auch die zweite, welche ſich auf den falſchen Satz gründet, daß der Staat hier den Prozeß verloren habe [11]). Daher kann nur die dritte richtig ſein. b) Die Unterſuchung iſt liegen geblieben, aa) weil der Angeſchuldigte ſich der Fortſetzung durch die Flucht entzog. Hier behaupten die einen, durch die Flucht als eine widerrechtliche Handlung verliere der Angeſchuldigte den Anſpruch auf die Verjährung, wie denn hier auch die Regel: non valenti agere etc. ein-

---

1) Feuerbach §. 67. Bauer §. 134. Pfotenhauer in Zachariä Annal. d. Geſetzgeb. I. nr. 6. S. 136.

2) Die Darſtellung der Anſichten bei Wächter iſt hier nicht erſchöpfend, bei Gründler N. Arch. 1841. S. 528 f. nicht ganz zuverläßig. vgl. Unterholzner II. 471—475.

3) Dabelow II. 363. Henke IV. 197.

4) Dagegen iſt der von Stübel §. 1474 angef. Grund ganz unrichtig. ſ. unten.

5) Stübel a. a. O. not. b. meint zwar, bei erfolgter Freiſprechung bedürfe es gar keiner Verjährung mehr. ſ. dag. Henke IV. 200. Schwarze S. 475.

6) Engau §. 65. 115. Gründler §. 35 (ſ. dag. N. Arch. 1841. S. 528 f.). Wächter Lb. I. S. 272. Zachariä a. a. O.

7) Rave §. 162. u. Eichmann not. h. i. Wernher Obs. I. 330. Thibaut II. §. 17. Stübel §. 1472—1474. Roßhirt Entw. S. 403. 404. Hefſter §. 189. n. 9.

8) Feuerbach §. 67. Tittmann §. 61. not. z. Gründler im N. Arch. a. a. O. (wo in not. 39 ſehr willkührlich citirt wird). Pfotenhauer in Zachariäs Annal. a. a. O. Bauer §. 134.

9) A. M. Zachariä a. a. O. ſ. dag. Böhmer l. c. Unterholzner II. 473. Roßhirt a. a. O.

10) Stübel §. 1473. Hélie p. 733—735. (Uebrigens iſt die Darſtellung bei Stübel §. 1485 ebendeshalb ungenau.)

11) Schwarze S. 474 (der n. 46 mit Unrecht Gründler anführt), Platzmann p. 14.

trete [1]). Allein dieſe Regel, die ſich ohnedies nur auf rechtliche Hinderniſſe bezieht, kann im Strafprozeſſe nicht gelten [2]), und der erſte Grund beruht auf der falſchen Auffaſſung der Verjährung als eines Benefiziums für den Angeklagten [3]). Daher nehmen Andre mit Recht an, daß auch in dieſem Falle eine neue Verjährung vom Augenblicke der Flucht [4]), — richtiger vom letzten gerichtlichen Akte an laufe [5]). bb) aus Nachläßigkeit des Richters. Auch hier nehmen die einen an, daß die Unterſuchung als fortdauernd zu betrachten ſei, mithin keine neue Verjährung eintreten könne, weil eine rechtswidrige Beſeitigung der Unterſuchung dem Rechte des Staats auf Strafverfolgung nicht zum Nachtheil ſein dürfe, auch der Angeklagte hiebei nie außer Schuld ſei [6]). Stübel dagegen will ſogar in dieſem Falle die Unterbrechung als gar nicht eingetreten betrachtet wiſſen [7]). Mit Recht nehmen jedoch Andre auch hier an, daß mit dem letzten gerichtlichen Akte eine neue Verjährung beginne [8]), weil es eine falſche Meinung iſt, daß die Verjährung zur Strafe richterlicher Nachläßigkeit eingeführt ſei [9]), und, hievon abgeſehen, bei der Verjährung überall es ſich nicht um Begünſtigung des Angeklagten oder des Staats, ſondern lediglich um die Anerkennung der abſoluten Macht der Zeit handelt, welche bei faktiſchem Liegenbleiben des Prozeſſes ebenſo wirkſam wird, wie bei einer rechtlichen Siſtirung [10]). cc) aus andern Gründen. Hier nehmen wohl die Meiſten eben das Letztere an [11]). — Die Ver-

1) Thomasius §. 43. Böhmer l. c. Engau §. 102. 114. 116. Püttmann §. 1050. Grolman §. 524. Tittmann §. 61. not. x. Gründler §. 35. Roßhirt Entw. S. 403. Müller §. 87. n. 19. Abegg §. 173. Heffter §. 189. n. 9. Martin §. 22. n. 13.

2) Thibaut II. §. 24. Stübel §. 1454. 1464. Wächter I. S. 272.

3) Stübel §. 1456. Bauer Anm. II. 247. 248. Dagegen iſt es auch ſehr apart, wenn Stübel §. 1483 dafür, daß ſolchenfalls die Unterbrechung nicht wirkungslos bleiben dürfe, den Grund anführt, daß der Angeſchuldigte hier als sachfällig zu betrachten ſei!

4) Kleinſchrod N. Arch. I. 214. Hommel rhaps. quaest. obs. 38. Payſen S. 116 und, wie es ſcheint, Wächter I. S. 272. vgl. Rave §. 162 u. Eichmann ad h. l. (vom Tage der Rückkehr an).

5) Leyser sp. 515. m. 6. 7. (nicht sp. 516. m. 7., wie bei Wächter ſteht). Stübel §. 1486. vgl. 1453—1459. 1464. Feuerbach §. 67. Pfotenhauer a. a. O. Bauer §. 134. Anm. II. a. a. O. Dafür war auch die Praxis in Wirtemberg. ſ. Hufnagel I. 306.

6) Man beruft ſich dabei auf l. 10 D. de div. temp. praescr. (44. 3) und l. 1 §. 4. 5 D. de jure fisc. (49. 14). Müller, Heffter, Unterholzner, Roßhirt, Martin a. a. O. Nicht deutlich iſt Abegg §. 173. vgl. S. 254.

7) Weil der Staat den Prozeß verloren habe. §. 1482. Zachariä a. a. O. bleibt auch in dieſem Falle bei der l. 31 D. (48. 5) als Regel ſtehen.

8) Gründler N. Arch. 1841. S. 533. Feuerbach, Grolman, Tittmann, Wächter, Bauer, Pfotenhauer a. a. O. Mittermaier n. 3. z. F. §. 67 giebt über die ganze Unterbrechungsfrage nur Oberflächliches, Marezoll gar nichts. Schwarze S. 475 übergeht wenigſtens dieſe nächſte Frage.

9) Böhmer l. c. III. Stübel §. 1457.

10) Daher iſt es auch unrichtig, wenn Unterholzner, dem Roßhirt und Breidenbach folgen, auf die l. 153 D. de R. J. (50. 17) rekurrirt und ein in contrarium actum verlangt: ſ. aber ſeine eigenen richtigen Bemerkungen gegen eine gänzliche Ausſchließung der Verj. ohne Möglichkeit des Wiederanfangs.

11) Namentlich auch Stübel. A. M. iſt auch hier Zachariä, und in andrer Richtung Unterholzner (und die ihm folgen), ſofern er zum Wiederanfang der Verj. ein in contrar. actum fordert; — ebenſo, wie es ſcheint, Heffter u. Müller.

jährung des gemeinen Rechts ist nur eine Prozeßverjährung, keine Verjährung der erkannten Strafe (§. 127. Anm. 2). Daraus folgt, daß mit dem Eintritt der rechtskräftigen Verurtheilung von einem Wiederanfang der Verjährung nie mehr die Rede sein kann; ebensogewiß aber, daß dies vor dem Eintritt der Rechtskraft immer noch möglich ist, also auch dann, wenn ein Erkenntniß gefällt ist, aber nicht verkündet werden kann, oder zwar verkündet, aber ein Rechtsmittel dagegen ergriffen ist [1]). — Darüber, daß in allen Fällen, wo eine neue Verjährung beginnt (ausgenommen bei Privatstrafen), die l. 9 C. de praescr. 30 annor. (7. 39) [2]) nicht zur Anwendung komme, ist man jetzt wohl allgemein einverstanden.

4) Nach den neueren Gesetzgebungen hat über Unterbrechung und Wiederanfang der Verjährung (ohne Einrechnung) [3]) der C. Max. ganz die richtige Ansicht, wogegen die Theres. die Frage übergeht. Das östr. GB. 1803 nimmt einen Wiederanfang der Verjährung nur nach erfolgter Freisprechung oder Instanzentbindung an [4]). Im bair. GB. ist die Behandlung infolge der Einmischung unzuläßiger Gesichtspunkte (Schuld des Angeklagten oder des Richters) sehr mangelhaft und zweifelerregend ausgefallen. Wird die Verjährung durch Einleitung der Untersuchung gegen den bekannt gewordenen Thäter unterbrochen, so beginnt mit dem Liegenbleiben derselben, wenn es durch Schuld des Thäters oder des Richters eintritt, nach dem Wortlaut des Gesetzes keine neue Verjährung, sondern im ersten Fall wird die Verjährung ausgeschlossen, im zweiten läuft sie trotz der Unterbrechung ab. Nur wenn das Liegenbleiben andre Gründe hätte, könnte von dem Lauf einer neuen Verjährung die Rede sein, wovon aber das GB. wenigstens nichts sagt [5]). — Die übrigen neuen Gbücher [6]) folgen sämmtlich der richtigen gemeinrechtlichen Ansicht im Ganzen. Nur das hannövr., hessische und preußische nehmen die Beschränkung auf, daß die neue Ver-

1) Diese Frage wird meist sehr mangelhaft behandelt. Dies gilt zwar nicht von Farin. qu. 10. n. 28 u. den dort Citt., falls man annimmt, daß sie eben nur eine rechtskräftige Verurtheilung im Auge haben, wohl aber von vielen Neueren, von denen man hierin Bestimmtheit erwarten dürfte, die aber gleichwohl wie Carpzov qu. 141. n. 54 (der Farin. einfach abschreibt) diese vermissen lassen; so Wächter S. 273. Müller not. 18. Hefftter n. 10. s. dag. Stübel §. 1487, Abegg §. 173, Bauer §. 134. Marezoll S. 209. n. 3. (Mittermaier schweigt), Hufnagel I. 290 Note. 307. 674—676. III. 650. Leonhardt I. 379.

2) s. hierüber elegante Bemerkungen bei Unterholzner II. 472.

3) mit Berufung auf Lauterbach §. 26. n. 13.

4) §. 206. 471. 474. Jenull II. 417. not. c., daher die Bem. von Breidenbach I. 2. S. 694. n. 3 ganz unrichtig ist. Ebenso übersieht das im Text Angegebene Häberlin I. 198. Das revid. GB. stimmt überein („rechtskräftige Freisprechung").

5) Sehr verwirrt ist die Darstellung bei Häberlin. s. dag. Kleinschrod im N. Arch. I. 213. 214. (Wenn dieser S. 211 unter der Entscheidung nicht eine rechtskräftige verstanden wissen will, so erscheint dies doch als zweifelhaft.) Die Praxis kehrt sich jedoch nicht an den Wortlaut, sondern nimmt an, nach der Unterbrechung laufe, falls nicht der Angesch. fliehe ꝛc. ꝛc., eine neue Verj. Arnold N. Arch. 1844. S. 212. Bair. Strafger. II. 325 f. 437. 138. III. 10 f. 189 f. IV. 385. 395. V. 243 f.

6) Nach Breidenbach a. a. O. soll auch das sächs. GB. von einem Wiederanfang der Verjährung nichts wissen! s. aber Art. 78! vgl. Weiß S. 318. nr. 1. Wegen Hannover s. Leonhardt I. 395—397.

jährung demjenigen nicht zu Statten komme, welcher sich der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzogen habe (resp. durch dessen Schuld od. Veranlassung innerhalb der Frist kein Urtheil erfolgt sei. Hessen) [1]). — Den Satz, daß nur ein rechtskräftiges Straferkenntniß die absolute Grenze für den Wiederanfang der Prozeßverjährung bilde, spricht nur das preuß. GB. mit hinreichender Deutlichkeit aus [2]). — Von selbst versteht sich, wo ein Kontumazialverfahren gesetzlich ist, daß auch die Kontumazialurtheile die Verjährung unterbrechen (falls die Unterbrechung nicht schon früher eingetreten ist). Dieselbe beginnt jedoch dann von Neuem, resp. läuft jetzt die Strafverjährung [3]).

§. 130.

Durch die vollendete Verjährung verliert die fragliche Handlung ihre strafrechtliche Bedeutung. Die Strafverfolgung mit allen Folgen, die nur mittelst ihrer entstehen könnten, fällt weg. Es kann ferner die Handlung nicht gebraucht werden, um wegen ihrer einer später verübten einen straferhöhenden Charakter beizulegen. Dagegen unterliegen natürlich die aus der Handlung entspringenden civilrechtlichen Ansprüche der kriminellen Verjährung nicht. Die Thatsache der Verjährung ist von Amtswegen zu berücksichtigen, daher auch der Thäter nicht in die Kosten der wegen Verjährung abzubrechenden Untersuchung zu verurtheilen. Es kann aber auch der Thäter nicht auf die Wirkung der Verjährung verzichten.

1) In der gemeinrechtlichen Doktrin stehen sich zwei verschiedene Ansichten entgegen, die jedoch meist nicht konsequent durchgeführt werden [4]). Nach der einen soll dadurch das Verbrechen selbst in der Weise getilgt werden, daß alle nicht

---

1) Da diese Gbücher durch Flucht vor eingeleiteter Untersuchung, resp. nach erfolgter Instanzentbindung die Verjährung nicht unterbrechen lassen (A. M. freilich ist hinsichtlich des hannövr. v. Bothmer Erört. I. 208. 209), so ist diese Bestimmung sehr inkonsequent. Leonhardt I. 381. 382. Bauer Anm. II. 247. 248. Beseler S. 202. A. M. Breidenbach I. 2. S. 693—697. — Wie, wenn der Flüchtige zurückkehrt, ja sich stellt, und dennoch die Untersuchung liegen bleibt? s. dar. Leonhardt S. 382. Goldtammer I. 439. Wie ist ferner nach hess. Rechte in dem von Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 129. not. 1. angef. Falle zu entscheiden? Ohne seine Schuld war der Betheiligte nicht in der Strafanstalt. Schwerlich aber hatte das GB. einen solchen Fall im Auge.

2) In Sachsen ist er unpraktisch, da die Verjährung der Strafen dieselben Fristen hat wie die Prozeßverjährung. Ueber Wirt. s. Hufnagel a. a. O. — vgl. Leonhardt I. 379 (vgl. jed. v. Bothmer ib. cit.), Breidenbach S. 696. Der sächs. Entw. Art. 111, 3. j. 112, 2 enthält eine offenbare Lücke. Eigenthümlich ist ihm die Berücksichtigung eines präjudiziellen Civilrechtsstreits.

3) s. für Wirtemberg das Schwurgerichtsgesetz. Art. 246. vgl. bair. Entw. Art. 73. j. Motiv. — Anders nach der wirt. Strafpr.O., nach welcher das Kontum.-urtheil in Rechtskraft tritt, mithin sofort die Strafverjährung beginnt. Ebenso nach franz. Recht (Höchster §. 314. v. Daniels §. 481. Wadtländ. GB. Art. 79). Nach den Anm. z. bair. GB. I. 326 wird solchenfalls die Verj. ganz ausgeschlossen. Dasselbe tritt wegen der Flucht des Angesch. nach eingeleiteter Untersuchung (resp. überhaupt) ein nach preuß., hannövr., hess., östr. Recht.

4) Dies gilt ganz besonders von Gründler §. 40 ff.

rein civilrechtlichen Folgen der Handlung hinwegfallen [1]). Nach der andern ſoll nur das Recht auf Strafe wegfallen, daher auf andre rechtliche Folgen der Handlung die Verjährung ohne Einfluß ſein [2]) (Verdächtigkeit des Thäters als Zeugen, fortdauernde Giltigkeit der exceptio veritatis, Fortbeſtehen der Handlung als Indizium bei künftigen Verbrechen [3]), Nichtausſchließung des Rechts zur Remotion oder Suspenſion [4]) ꝛc.). Die erſte Anſicht fehlt nur im Ausdrucke, wogegen die zweite entſchieden zu verwerfen iſt. Denn ſie macht eine Trennung, die keinen Sinn hat. Hebt die Verjährung die kriminelle Verfolgbarkeit [5]) und hiemit die Strafbarkeit [6]) des Delikts auf, ſo nimmt ſie ihm eben damit den verbrecheriſchen Charakter, da Verbrechen und ſtrafbares Unrecht daſſelbe iſt. Allerdings kann ſie die fragliche Handlung nicht ungeſchehen machen, wie ſie denn auch ihren civilrechtlichen Folgen nicht in den Weg tritt. Dagegen ſchneidet ſie nothwendig alle Folgen ihrer ſtrafrechtlichen Bedeutung, namentlich alſo die ſchärfende Wirkung auf die Beurtheilung künftiger Verbrechen [7]), die Zuläßigkeit der Remotion oder Suspenſion [8]), die Benützung der Handlung als Indizium, als Grund zur Verdächtigung des Zeugniſſes [9]) ꝛc. gänzlich ab, ſchon deshalb, weil das Verbrechen, um dieſe Wirkungen zu haben, rechtlich bewieſen ſein müßte, was doch nur in den ſeltenſten Fällen bei einer nach vollſtändig geführter Unterſuchung erſt von Neuem wieder eingetretenen Verjährung vorkommen wird. Sagt man aber [10]), es ſtehe nichts im Wege, behufs der Ermittlung der ſchärfenden Eigenſchaft, der Statthaftigkeit der exceptio veritatis [11]) ꝛc. nachträglich noch eine Unterſuchung einzuleiten, ſo iſt zu erwiedern, daß dem allerdings der objektive Grund aller Verjährung, die

---

1) ſ. beſ. Carpzov. qu. 141. n. 6. 7. Quiſtorp §. 870. 871 u. Gründler a. a. O., die aber beide gerade das entgegengeſetzte Prinzip an die Spitze ſtellen! Feuerbach §. 69.

2) Stübel §. 1497 ff. Berger Elect. c. 2. m. 1. §. 6. Tittmann §. 61 a. E. Grolman §. 524 (jedoch ohne Konſequenzen zu ziehen). Henke IV. S. 202 ff. Martin §. 21, Müller §. 87. n. 23. Hefftter §. 190. Abegg §. 174. Leonhardt I. 399. Sehr unbeſtimmt iſt Mittermaier n. 4. 5. z. F. §. 65. Marezoll S. 206. 209. Schwarze a. a. O. S. 480—483.

3) A. M. iſt Stübel §. 1500, der jedoch hier bloß an den Rückfall denkt.

4) Sehr inkonſequent geben dies auch Quiſtorp a. a. O. und Gründler §. 42 zu.

5) L. 19 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 12 C. eod. (9. 22). l. 29 §. 5 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). L. 1 §. 10 D. ad Sct. Turpill. (48. 16). Die frühere Anſicht, daß per exceptionem das Verbrechen auch nach abgelaufener Verj.zeit noch bewieſen werden könne (Farin. qu. 10. n. 11. Matth. 48, 19. c. 4. n. 10) iſt veraltet. ſ. indeſſen noch Unterholzner II. 438. 439 u. einige Andre.

6) L. 47 §. 6 D. de injur. (47. 10).

7) ſ. auch Unterholzner II. 467. Roßhirt Entw. S. 393. Bauer Anm. II. 252. Zachariä N. Arch. 1812. S. 208. v. Bothmer Erört. I. 210. Leonhardt I. 398 (freilich inkonſequent, ſ. S. 399). vgl. Böhmer Elem. S. 1. c. 20. §. 343. Streitig war die Sache allerdings ſchon bei den Italienern.

8) Zachariä S. 209. — Daß die Ehrenfolgen, die von Unterſuchung od. Verurtheilung abhängen, wegfallen (ſ. beſ. Engau §. 24—27. Gründler §. 40. Quiſtorp §. 870 ꝛc.), geben auch die Gegner zu. Hefftter not. 2.

9) vgl. Leonhardt I. 397. j. 399 (?) u. beſ. 397. n. 1.

10) Müller a. a. O.

11) Stübel §. 1499. Unterholzner II. 438. 439. Henke IV. 203. Schwarze S. 483. Leonhardt I. 399. Breidenbach I. 2. S. 674. 699.

tilgende, folgenweiſe auch Beweiſe ſchwächende oder vernichtende Macht der Zeit entgegenſteht [1]). Einfach und klar iſt die richtige Anſicht im C. Maxim. u. der Theres. (§. 5) ausgeſprochen. Es folgt daraus zugleich das im §. wegen der Koſten Bemerkte [2]), was ſich jedoch nicht auf eine innerhalb der Verjährungszeit eingeleitete, aber wieder ſiſtirte Unterſuchung [3]) bezieht. Eben dieſer Unterſchied entſcheidet nach der Meinung Einiger auch hinſichtlich der Frage, ob gewiſſe ſtaatsrechtliche Nachtheile, die davon abhängig gemacht ſind, daß Jemand in peinliche Unterſuchung gezogen worden ſei, ohne freigeſprochen worden zu ſein [4]), auch im Fall der Verjährung eintreten? Sie treten nicht ein, wenn die Unterſuchung erſt nach abgelaufener Verjährung eingeleitet wurde, folglich als unſtatthaft abgebrochen werden mußte [5]); dagegen ſollen ſie in dem vorerwähnten Fall allerdings eintreten [6]). Denn in dieſem ſei die ſtattgehabte (aber ſiſtirte) Unterſuchung durchaus rechtlich zuläßig geweſen, und eine Freiſprechung habe hier gar nicht ſtattfinden können, weil der Richter nur freiſprechen könne, wo er auch zu verurtheilen im Stande ſei [7]), und weil im Beſondern der durch ein von der Inſtanz entbindendes Urtheil feſtgeſtellte Verdacht durch die Verjährung nicht ausgelöſcht werden könne. Das Erſte iſt nun allerdings richtig; allein das Weitere gänzlich falſch. Die Verjährung ſeit ſiſtirter Unterſuchung benimmt ebenſo wie die einfache Verjährung der fraglichen Handlung alle ſtrafrechtliche Bedeutung. Wenn ſie aber ihre Strafbarkeit ſogar poſitiv verneint, ſo kann ſie nicht den bloßen Verdacht ihrer Strafbarkeit beſtehen laſſen [8]). Ueberhaupt unterſcheidet ſich der Ausſpruch der Strafloſigkeit wegen Verjährung von der Freiſprechung im e. S. zwar allerdings dadurch, daß er keine materielle Ermittlung der Sache zur Vorausſetzung hat, daher den außergerichtlichen Meinungen hierüber kein poſitives Gegengewicht entgegenſtellt [9]); allein rechtlich muß er ganz dieſelben Wirkungen haben [10]), da er die fragliche Handlung alles ſtrafrechtlichen Charakters entkleidet

---

1) Bauer a. a. O.

2) Quiſtorp §. 870. Koch inst. §. 976. A. M. Leyser sp. 89. m. 9. 10. Tittmann §. 61. Gründler §. 45. ſ. aber auch Roßhirt S. 393. Eine unzuläßige Unterſcheidung macht Stübel §. 1498. ſ. noch Unterholzner II. 437. 438. Mittermaier Strafverf. §. 198. n. 26.

3) A. M. Schwarze S. 483. n. 66. — hier kommt es auf die Umſtände an.

4) z. B. Hannövr. Verf.Geſ. 1840. §. 94. Heſſ. Geſ. 28. Sept. 1842. Art. 4. vgl. Zachariä D. Staatsr. I. 388. Kraus N. Arch. 1846. S. 497. n. 1. — ſ. dag. Bair. Geſ. 4. Juni 1848. Art. 5. 6.

5) Inſoweit hat Zachariä a. a. O. S. 210—213 jedenfalls Recht; aber er überſieht den im Text gemachten Unterſchied. Jenes erkennen auch die in der ff. Note Angeff. an (ausgen. den bei Breidenb. S. 699 cit. Reg.Kommiſſär).

6) ſo Breidenbach I. 2. S. 697—702. Leonhardt I. 398. 399.

7) Gerade auf die Unzuläßigkeit einer förmlichen Freiſprechung auf den Grund der Verjährung begründet Zachariä ſehr treffend das entgegengeſetzte Reſultat!

8) Das in contrarium actum, welches Breidenbach S. 701 verlangt, liegt daher allerdings vor.

9) Dies beachtet Kraus a. a. O. S. 473—521 nicht gehörig. Ebenſo unrichtig iſt es aber, wenn Zachariä wenigſtens formell, Breidenbach aber ſogar materiell die Freiſprechung wegen Verjährung der materiellen Freiſprechung als ein ganz Andres entgegenſtellen.

10) Müller Strafproz. §. 204. n. 22. Mittermaier Strafverf. §. 198. bei n. 26. u. n. 5. z. F. §. 65. So iſt denn namentlich nach hannövr. Recht zu ent-

(mithin doch zum wenigſten der Abolition und dem Verzichte des Beſchädigten gleichgeſtellt werden muß) [1]); ja noch mehr, da er nicht allein von einer Anſchuldigung entbindet, ſondern jede Anſchuldigung als rechtlich nicht beſtehend aufhebt [2]), in der gegentheiligen Annahme überdies ein ſchreiendes Unrecht gegen den Betheiligten liegt, der nach abgelaufener Verjährung ein materiell freiſprechendes Urtheil nicht mehr herbeiführen kann [3]). Ueberhaupt iſt der Sinn der fraglichen Geſetze nur: einen von kriminellem Verdacht nicht Gereinigten auszuſchließen. Nun iſt es aber doch gänzlich verkehrt, die Wirkung der Reinigung dem wegen Verjährung freiſprechenden Urtheile zu verſagen, dagegen denjenigen zuzulaſſen, der nach vollendeter Verjährung (in einer freilich rechtlich nichts bedeutenden Unterſuchung) ſogar ein Geſtändniß ablegt oder überführt wird [4])! — Im Gegenſatz zum C. Max. u. der Theres. ſind die neueren Geſetzgebungen meiſt ſehr mager in Beziehung auf die Wirkung der Verjährung [5]). Die Unterſuchung werde aufgehoben, ſagen das ſächſ. [6]) u. wirtemb. GB., die Strafbarkeit werde getilgt, das hannövr. u. heſſiſche [7]), ſowie das braunſchw. u. thüring., welche dies näher dahin erläutern, daß keine gerichtliche Verfolgung (und Beſtrafung) mehr zuläßig ſei; ebendies ſpricht das preuß. und badiſche GB. aus. Nur das bair. u. öſtr. ſagen, Verbrechen u. Strafe werde getilgt, woraus ſich ein feſter Anhaltspunkt zur Entſcheidung der vorbemerkten Fragen ergiebt, der bei den übrigen fehlt.

2) Daß die Verjährung von Amtswegen berückſichtigt werden müſſe, iſt ſeit längerer Zeit [8]) communis opinio [9]). Der Satz iſt eine nothwendige Konſequenz des Unterſuchungsprinzips [10]). Eine ebenſo nothwendige Konſequenz des Satzes, daß im Strafverfahren das Verzichtsprinzip keine Wirkung hat, iſt das a. E. des

---

ſcheiden. A. M. Leonhardt a. a. O. Ebenſo wird anders nach ſächſ. Recht entſchieden. Weiß 313. nr. 2. vgl. Schwarze S. 483. 484.

1) ſ. das angef. heſſ. Geſetz.

2) Daß gleichwohl dem Betheiligten ein materiell freiſprechendes Erkenntniß lieber ſein muß, iſt klar, alterirt aber das Rechtsverhältniß nicht, daher die Verweiſung „auf den lieben Gott" bei Breidenbach S. 701. 702 im betr. Fall überflüſſig iſt.

3) ſ. Zachariä a. a. O. Die bei Breidenbach ausgeſprochene Behauptung, es ſei die eigene Schuld des Betheiligten, wenn er nicht unterdeſſen die Sache betrieben habe, beruht auf einer ganz falſchen Anſicht von dem Weſen der Verjährung. ſ. auch Kraus a. a. O.

4) ſo die bei Breidenbach S. 693—700 Angeſſ. ſ. überh. die Abh. von Kraus, dem jedoch keineswegs in Allem zuzuſtimmen iſt.

5) Daſſelbe gilt von den Kommentaren, ſelbſt dem von Hufnagel. ſ. übrigens einiges (nicht ganz Richtige) bei Breidenbach S. 672—674. 697—702. Leonhardt I. 397—399. Weiß S. 313. Schwarze a. a. O. S. 480—483. Häberlin I. 199. 200. Daß ein verjährtes Verbrechen keinen Schärfungsgrund abgebe, dar. ſ. Hufnagel I. 631. II. 524. 531. Leonhardt I. 398. n. 2. (ſ. aber S. 485!) Schwarze S. 476. n. 55. Disziplinarſtrafen gelten nicht als ausgeſchloſſen in Sachſen. Weiß a. a. O. Groß Erl. z. Geſ. 16. Juni 1840. S. 30.

6) ebenſo der neue Entw.

7) ebenſo der bair. Entw.

8) ſ. aber Farin. qu. 10. n. 14 j. 35. u. Gründler §. 39 (ſehr undeutlich!).

9) Carpzov qu. 141. n. 29 sq. u. das n. 33 cit. ſächſ. Geſ. vgl. den C. Max. und die Theres.

10) Freilich herrſchen über dieſes und ſeinen Gegenſatz zum Anklageprinzip bekanntlich noch kraſſe Irrthümer. ſ. meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc.

§. Angeführte, das überdies schon klar genug im Wesen der Verjährung überhaupt liegt [1]).

§. 131.

Für die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen geziemen sich längere Fristen, als für die Prozeßverjährung. Ihr Lauf beginnt naturgemäß mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses (sollte jedoch dieses deshalb nicht vollzogen werden können, weil der Verbrecher vorerst noch in Erstehung einer Freiheitsstrafe für ein früheres Verbrechen begriffen ist, erst mit der vollständigen Erstehung der letzteren), und endet mit dem letzten Augenblick der Frist. Unterbrochen wird er a) durch die Ergreifung des Verurtheilten behufs der Strafvollziehung, resp. durch Versetzung oder Verlängerung der Zahlungsfrist, — b) durch neue Verbrechen des Verurtheilten. Nach einer eingetretenen Unterbrechung des Strafvollzugs, bei Geldstrafen nach Ablauf der vorgesetzten oder verlängerten Zahlungsfrist läuft die Verjährung von Neuem. Wurde die Verjährung durch ein neues Verbrechen unterbrochen, so findet eben dasselbe statt. Ihre Wirkung ist ihrem Begriff nach eine vollständige Aufhebung der Strafe mit allen ihren Folgen.

1) Der Inhalt dieses §. ist dem gemeinen Rechte fremd geblieben und erst in der neueren Gesetzgebung entwickelt worden [2]). Da diese Entwicklung die gereifte Einsicht in das volle Wesen der Verjährung zum Grunde hat [3]), so ist es ein Zeichen von Geistesarmuth, wenn man sie als eine Nachahmung des franz. Rechts über die Achsel ansieht. Indessen sind die einzelnen Punkte zum Theil ziemlich verschieden normirt.

2) Während alle übrigen Gesetzgebungen hier längere Fristen, als bei der Prozeßverjährung setzen, thut dies nur die sächsische und thüringische nicht [4]). Dafür erklären beide die (Todes- und) lebenslängliche Zuchthausstrafe für unverjährbar. Ebenso das bad. und braunschw. GB., jedoch mit der Bestimmung, daß nach 20 Jahren statt der Todesstrafe lebenslängliche Zuchthaus- (Ketten)strafe eintreten soll [5]). Bei der Strafverjährung richtet sich na-

---

1) A. M. Unterholzner II. 477. v. Bothmer Erört. I. 210. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 124. nr. 1., der sich ganz mit Unrecht auf die StrafPr.O. Art. 416 beruft. Weiß S. 313. nr. 2 (sächs. Praxis). Bair. VO. 10 Dez. 1814. nr. 5.

2) Code d'inst. crim. art. 635. Sächs. GB. Art. 76. Wirt. Art. 129. Braunschw. §. 71. Bad. §. 194. Thüring. Art. 73. — Bair. Entw. Art. 74. sächs. Art. 106. Sardin. GB. Art. 144. Waadtländ. Art. 77. Hamburg. Entw. 1849. Art. 61—64. — vgl. aber auch preuß. GB. §. 60. hessisches Art. 103.

3) s. bes. die wirt., braunschw., bad. Motive, den Komm.ber. v. Rotteck (Thilo 207. 208). Temme Krit. d. preuß. Entw. I. 174 ff. Mittermaier N. Arch. 1849. S. 583. u. selbst die preuß. Staatsraths-Protok. b. Beseler S. 197. 198, wo wenigstens eine Annäherung sich findet.

4) Ebenso der sächs. Entw. Art. 112.

5) Ebenso bair. Entw. Art. 77. vgl. das waadtländ. GB. Art. 77. a. j. 62. nr. 4.

türlich die Frist einfach nach der Größe der erkannten Strafe, gleichviel ob dies die Strafe Eines Verbrechens oder mehrerer zusammentreffenden Verbrechen ist, wogegen letzteren Falls bei der Prozeßverjährung ebenso natürlich nicht die Größe der zu erkennenden Gesammtstrafe entscheidet, wenn und soweit diese die Größe der für die einzelnen Delikte gedrohten Strafen übersteigt [1]).

3) Den Anfang bestimmt am richtigsten das thüringische GB. [2]). Das sächs. GB. spricht darüber gar nicht. Das wirt. und braunschw. nennen den Augenblick der Verkündung des rechtskräftigen (vollstreckbaren) Erkenntnisses, was zu Zweifeln Raum giebt [3]), und das erstere setzt noch unmotivirt bei: oder vom Tage der Flucht an, wodurch sich der Verurtheilte der Vollziehung entzog [4]). Komplizirt ist die Bestimmung des bad. GB., nach welchem die Frist bald von der Urtheilsverkündung [5]), bald vom Tage derselben an und bei Freiheitsstrafen zunächst vom Ende der im Urtheil bestimmten Strafzeit, und nur bei Zuchthausstrafe wieder relativ einfach vom Tage der Verkündung an läuft [6]). — Das Ende lassen das sächs. und bad. GB. unbestimmt. Nach den übrigen [7]) und den beiden Entw. tritt es mit dem Anfang des letzten Tages der Frist ein.

4) Ueber die Unterbrechung enthält das sächs. GB. gar nichts [8]). Die Unterbrechung durch ein neues Verbrechen [9]) kennen das wirt. GB., der bair. Entw. und relativ das bad. GB., wo ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen erfordert wird. Nach beiden ersteren beginnt sofort die Verjährung von Neuem [10]). Das bad. GB. ist dagegen auch hier eigenthümlich. Es läßt, wenn hinsichtlich des neuen Delikts Prozeß- oder Strafverjährung eintritt, oder die Strafe desselben verbüßt ist, die Unterbrechung als nicht eingetreten gelten. — Außerdem führen das wirt. und bad. GB. nur die Ergreifung des Verurtheilten an, was nicht genügt [11]). Richtiger sagen — nicht den Worten, aber dem Sinne nach — das braunschw. und thüring. GB., die Verjährung werde unterbrochen mit dem

---

1) Hufnagel I. 298. Breidenbach I, 2. S. 680. n. 4.

2) Ebenso der sächs. Entw. Art. 112, und im Wesentlichen der bair. Art. 74, der nur dem Augenblick den Tag substituirt (mit Unrecht ist aber: vollstreckbar nicht beigefügt).

3) Hufnagel I. 307. 676 — 678. III. 650.

4) Ohne Grund tadelt dies Schwarze a. a. O. S. 470. n. 29, mit Grund Hufnagel III. 650. Willkührlich ist Schaffrath S. 662.

5) Man wird diese Bestimmung ebenso auslegen müssen, wie die des wirt. u. braunschw. GBs.

6) Ueber die im §. gemachte Ausnahme s. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 500.

7) Das wirt. GB. spricht es indessen nur bei der Prozeßverjährung aus, daher es noch die Frage ist, ob dies mit Hufnagel II. 908. auch hierher ausgedehnt werden darf? s. indessen III. 651. u. Strfgb. m. Anm. S. 126. 127. nr. 6, woraus hervorgeht, daß H. hier sehr ungenau ist. In ersterer Stelle scheint er der entgegengesetzten Meinung zu sein (?). Der Zweifel fällt weg nach dem sächs. Entw. Art. 110 j. 112, 1.

8) Schaffrath S. 665.

9) nicht durch eine Polizeiübertretung. Nach dem wirt. Recht muß das Delikt dolos und nicht bloß mit Geldbuße bedroht sein. Der bair. Entw. schließt wenigstens kulpose Vergehen aus.

10) Das wirt. GB. sagt dies nicht ausdrücklich, dag. der bair. Entw. Art. 75. j. 74 a. E. scheint es sogar auszuschließen; s. jedoch auch Art. 73, der durch Analogie darauf führt.

11) s. jedoch wirt. Polizeistr.Gb. Art. 106 (Aufforderung zur Zahlung).

Anfange des Strafvollzugs, und, wenn sofort mit dem Augenblicke, wo dieser eingestellt werde oder der Verurtheilte sich ihm entziehe, eine neue Verjährung beginne, so werde diese unterbrochen durch Erneurung der Strafvollstreckung oder Ergreifung des Schuldigen behufs der Strafvollziehung [1]). Noch genauer drückt sich der bair. Entw. Art. 75 j. 74 S. 3 aus.

5) Den engherzigen, dem Wesen der Verjährung absolut widersprechenden Satz [2]), daß die Strafverjährung die mit der erkannten Strafe gesetzlich oder durch richterlichen Ausspruch verbundenen Folgen (mit andern Worten die lebenslängliche Infamie!) nicht aufhebe, enthält nur die sächs. Gesetzgebung nicht, weil sie die Infamie nur an die wirklich erlittene Zuchthausstrafe bindet [3]). In Wirtemberg [4]) ist indessen der betr. Art. des Gbs abgeändert worden [5]), nur freilich auf völlig sinnlose Weise [6]). — Auffallender Weise erkennen dagegen die neuen Gesetzgebungen in seltener Uebereinstimmung eine andre Wirkung der Verjährung an, die weit weniger nahe liegt und ihr in der That nur willkührlich beigelegt wird, — beim Rückfall. Daß im Fall der Strafverjährung für ein nach deren Ablauf wieder verübtes gleichartiges Verbrechen der Begriff des Rückfalls auszuschließen sei, folgt aus dem Wesen dieser Verjährung ganz und gar nicht, da darin nur die Aufhebung der Strafe, nicht aber des Erkenntnisses liegt, mithin hier nicht, wie bei der Prozeßverjährung, die dem Erkenntniß zu Grunde liegende Handlung ihrer strafrechtlichen Bedeutung entkleidet wird [7]). Gleich-

---

1) s. auch den sächs. Entw. Art. 112. Ebenso Rauter nach franz. Recht. A. M. Cousturier l. c. p. 370 sq. Hoorebeke p. 269 sq. Sehr unklar ist hierüber Mittermaier N. Arch. 1849. S. 584. 585.

2) s. dag. N. Rev. S. 911. 919. Wirth Ethik II. 336—338. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 500 ob. j. Komm. II. 524—527. A. M. ist auffallender Weise Mittermaier a. a. O. S. 584 (wenn er nicht etwa bloß das franz. Recht meint, nach welchem übrigens die Frage bestritten ist).

3) Um so mehr sucht Doktrin und Praxis auf andre Weise die Wirkung der Verjährung, so gut es geht, zu beschnipfeln. Weiß S. 313. Schwarze S. 481—483. s. dag. Schaffrath S. 661. Einen Mittelweg schlägt das wadtl. GB. ein, Art. 78 (?).

4) Schon der Entw. des GBs enthielt den fraglichen Satz nicht. Hufnagel I. 291. 292. Das GB. verbindet die Infamie beiläufig (Art. 129) auch mit der Todesstrafe. vgl. Breidenbach I. 1. S. 323—325.

5) Ges. 13. Aug. 1849. Art. 18. Dadurch wurde die in der N. Rev. S. 919 aufgestellte Forderung erfüllt.

6) Denn der Art. 18 cit. paßt gar nicht auf den Fall des Art. 129, 2 des Gbs, der dadurch „abgeändert" sein soll! Er setzt vollzogene Freiheitsstrafen voraus, die ja bei der Strafverjährung gerade gar nicht vorkommen können, ist also in allen Fällen, wo nicht der Ehrverlust selbständig ausgesprochen ist, gar nicht anwendbar, falls man nicht höchst künstlich sagen will, die 4, 7, 10jährige Frist laufe, statt von Erstehung der Freiheitsstrafe, von dem Ende der Strafverjährung (15 J.) an. Dies ergäbe aber die monströseste Ungleichheit gegenüber dem Fall der selbständigen Erkennung des Verlustes, für welchen die ganze Bestimmung freilich allein praktisch ist, indem sie die lebensl. Dauer auf 4 Jahre herabsetzt! Auf eine verjährte Todes- und lebensl. Zuchthausstrafe ist der Art. ohnedies nicht einmal mittelst jener künstlichen Auslegung anwendbar!!

7) Dieser sehr deutliche Unterschied wird meist nicht oder nicht klar eingesehen. Besonders gilt dies auch von Hufnagel, sowie von Abegg N. Arch. 1851. Beil. H. 2. S. 43. 44. Man würde sonst gar nicht darüber zweifeln, daß betr. Falls das frühere Erkenntniß, resp. die früher erlittene Strafe mindestens straferhöhend wirken müssen. Hufnagel Strfgb. S. 120. not. 5. 6.

wohl legt das wirt. GB. Art. 126 der Strafverjährung dieſe Wirkung bei, und der Grund, warum das ſächſ., braunſchw. und thüring. GB. und das oldenb. Geſ. 3. Juli 1832. §. 12 nicht daſſelbe thun, liegt bloß darin, daß nach ihnen der Rückfall eine vorher wenigſtens theilweiſe erlittene Strafe vorausſetzt. Um ſo gewiſſer ſtimmen ſie mit dem weiteren Satz des wirt. Gbs überein [1]), daß der Begriff des Rückfalls dann ausgeſchloſſen ſein ſoll, wenn ſeit der Verbüßung der Strafe für das frühere Verbrechen die Friſt der Strafverjährung abgelaufen iſt [2]), ein Satz, den auch das bad. GB., nur in etwas komplizirterer Weiſe (§. 200—202) ausſpricht. Dieſer Satz hat ſo ſehr Beifall gefunden, daß ſelbſt Gbücher, die eine Strafverjährung gar nicht kennen, denſelben (wenn auch natürlich hinſichtlich der erforderlichen Friſt modifizirt) aufgenommen haben, — nämlich das heſſiſche Art. 103, und das preußiſche §. 60. 219. 240 [3]).

Anhang.

Als Grund der Tilgung der Strafbarkeit prinzipiell zu verwerfen iſt der Verzicht auf die Klage. Denn, nachdem die deutſche Rechtsentwicklung immer entſchiedener zur Verwerfung der Begriffe des Privatdelikts und der Privatſtrafe geführt hat [4]), ſo erſcheint es als ſehr inkonſequent, wenn gleichwohl auch die neuere Geſetzgebung, und zwar in einer großen Reihe von Fällen, dem Beſchädigten (und ſeinen Nächſten) das Recht einräumt, über die Frage, ob das Delikt beſtraft werden ſoll, durch ſeinen Willen zu entſcheiden [5]). — Es hat zwar auch im öffentlichen Strafrecht der Römer Fälle gegeben, in welchen das allgemeine Anklagerecht zu Gunſten der zunächſt Verletzten beſchränkt war (Ehebruch, Entführung, suppositio partus), jedoch keineswegs unbedingt [6]); aber dieſe Ausnahmen ſtehen ſehr vereinzelt da [7]), ſo daß für das römiſche Recht die

---

1) Ebenſo der ſächſ. Entw. Art. 80, 2, wogegen der bairiſche dieſe Anomalie nicht aufgenommen hat. vgl. Bauer Abh. II. 165. not. a.

2) Das wirt. GB. ſetzt übrigens dabei mit Recht voraus, daß nicht innerhalb der Verjährungszeit ein neues gleichartiges Verbrechen begangen ſei. Hufnagel I. 651. 652. III. 647. vgl. I. 652—656. II. 536. Sehr beſtritten iſt dies dagegen nach dem ſächſ. GB., das ſich hierüber keineswegs beſtimmt ausſpricht. ſ. Weiß S. 319. 320. Groß I. 130. v. Hartitzſch S. 159. Schaffrath S. 661. 664. Held N. Jahrb. II. 80 ff. Schwarze a. a. O. S. 476—479. Held u. Siebdrat S. 139. Dieſelben Zweifel beſtehen nach dem braunſchw. GB., wogegen das thüringiſche, das oldenb. Geſ. u. der ſächſ. Entw. ſie entfernen. Allein die Anomalie iſt nach dieſen Gbüchern jedenfalls eine doppelte, da ſie bei der Strafverjährung überhaupt die Unterbrechung durch neue Verbrechen nicht annehmen, wogegen das bad., wie das wirt. GB. wenigſtens nicht an dieſer Inkonſequenz leidet.

3) ſ. jed. §. 233. Goldtammer I. 470—472.

4) Eine Ausnahme machte nur die Injurie.

5) ſ. o. §. 112. Anm. 2. (hier auch die Literatur). N. Rev. S. 906—908. Wendepunkt S. 18—21. vgl. Godefroi p. 115. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 613—616.

6) Ehebruch ſ. die Stellen b. Wächter Lb. II. §. 214. n. 66. Entführung ſ. l. un. pr. C. h. t. (9. 13). Nov. 123. c. 43. bei supp. partus iſt eine Ausnahme nicht gemacht. l. 30 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10).

7) Die Majeſtätsbeleidigung kann man nicht mit Zachariä N. Arch. 1845.

Regel eben nur in das Gebiet des im antiken Staate wohlberechtigten Privatſtrafrechts fällt. Im gem. deutſchen Rechte ſind nun allerdings die gedachten Fälle, ſowie einige Fälle aus dem Privatſtrafrecht ſtehen geblieben [1]); namentlich Ehebruch [2]) (jedoch nicht im Fall öffentlichen Aergerniſſes) [3]), Entführung (jedoch nur in beſtimmten Fällen) [4]), Nothzucht (wenn nicht ein andres Verbrechen damit konkurrirt) [5]), suppositio partus (mit derſelben Beſchränkung) [6]); in allen dieſen Fällen (den Ehebruch ausgenommen) iſt aber die Frage nicht nur von jeher beſtritten, ſondern weit die Mehrzahl der Schriftſteller für das Verfahren von Amtswegen geweſen [7]); — ferner aus dem Kreiſe des römiſchen Privatſtrafrechts: die Eigenthumsbeſchädigung [8]), der Familiendiebſtahl [9]), — die Injurie (jedoch mit Ausnahme des Pasquills, der injuria publica, der mit öffentlicher Ruheſtörung verbundenen Injurie, und [10]) der Injurien contra parentes), — endlich leichtere Körperverletzungen [11]), ſoweit ſie eben noch als Realinjurien gelten können. So war denn im gem. Recht, wenigſtens in der Praxis, die Zahl der Fälle eine zuletzt ſehr kleine, und erſt in neuerer Zeit wurde von mehreren Seiten (nicht ohne Widerſpruch) die Vermehrung derſelben, großentheils aus ſehr wenig ſtichhaltigen Gründen empfohlen (§. 112. Anm. 2 a. E.), und die Empfehlung hat bei der neueren Geſetzgebung Anklang gefunden [12]). Die Fälle ſind nicht überall die nämlichen: aber gewiſſe Grundgedanken erſcheinen doch überall gleichmäßig. Zunächſt ſcheiden die Gbücher meiſt zwei verſchiedene Klaſſen von nicht ex off. zu unterſuchenden Delikten nicht gehörig von einander ab: nämlich a) Majeſtätsbeleidigung, Beleidigung der eigenen Regierung, Verbrechen gegen fremde Staaten

---

S. 571 hierher ſtellen. Gegen die irrigen Behauptungen von Gönner und v. Hagen ſ. Godefroi p. 10 sq. Zachariä S. 569. 570.

1) Mit Unrecht ſtellt Zachariä S. 571—573 die Dienſtvergehen hierher, da er doch ſelbſt zugiebt, daß es ſich im gem. Rechte nicht nachweiſen laſſe.

2) P.G.O. Art. 120.

3) R.P.O. 1530. Tit. 33. v. 1548. Tit. 25 §. 2. v. 1577. Tit. 26 §. 2. A. M. Zachariä S. 584. ſ. dag. Wächter II. §. 214. n. 67. Die Ausnahme, die jener bei Kuppelei von Seiten des Ehemanns macht, verwirft Wächter Abh. I. 126 mit Recht.

4) P.G.O. Art. 118. Wächter Abh. I. 90. u. die n. 83 Citt. Zachariä S. 585. 586. Godefroi p. 39 sq.

5) P.G.O. Art. 119. Wächter eb. S. 27. n. 10. Zachariä 587. 588.

6) Zachariä S. 588. 589. Abegg im N. Arch. XI. 620 (?). Godefroi p. 53 sq.

7) Auch beim Ehebruch war hiefür in Wirtemb. die Praxis entſchieden. Wächter Lb. II. §. 214. n. 67 a. E. vgl. außerdem Müller §. 75. n. 18. Breidenbach I. 1. S. 643. n. 4. Wächter Abh. I. 266.

8) jedoch gleichfalls jedenfalls mit Beſchränkungen. Feuerbach §. 310. Wächter Lb. II. §. 202.

9) P.G.O. Art. 165. Zachariä S. 589—593.

10) vgl. Zachariä S. 573—579, der übrigens das Einſchreiten ex off. mehrfach zu ſehr beſchränkt.

11) Heffter §. 282. v. Jagemann N. Arch. 1844. S. 10 f.

12) Bair. GB. Art. 228. 372. 373. 401. VO. 25. März 1816. Art. 12. Sächſ. GB. Art. 75. Wirt. Art. 134 ff. Hannövr. GB. ſ. v. Bothmer Erört. I. 219—225. Leonhardt I. 323 ff. Braunſchw. §. 70. 244—247. Heſſ. Art. 54—56. Bad. ſ. die Mot. b. Thilo S. 209. 210. Thüring. Art. 70. Preuß. §. 50 ff. Oeſtr. §. 529. 530. Bair. Entw. Art. 66. 67. Sächſ. Art. 95—105.

und Regenten, Dienſtvergehen, Amtsehrenbeleidigung ꝛc. [1]) und b) Delikte, bei denen die Klage von einem Privaten auszugehen hat. Es iſt offenbar, daß bei der erſten Klaſſe von Delikten großentheils andere Rückſichten für die Ausſchließung des Verfahrens ex off. entſcheiden, als bei der zweiten, nämlich öffentlich rechtliche und politiſche, resp. völkerrechtliche [2]), weshalb es nicht angemeſſen erſcheint, wenn die über Klage ꝛc. aufgeſtellten Vorſchriften hie und da ſo allgemein formulirt ſind, daß Zweifel darüber entſtehen können, ob ſie auch auf die erſtere Klaſſe anwendbar ſein ſollen. Unzweifelhaft abzuweiſen iſt dies (abgeſehen von den über Verjährung gegebenen Vorſchriften) [3]) da, wo ausdrücklich bei den fraglichen Beſtimmungen Privatperſonen als die Betheiligten genannt, oder dieſelben unzweideutig nur auf ſolche berechnet ſind, wie im preuß. GB. §. 50 [4]), im braunſchw. §. 70. j. 244—247 [5]), und nach den Motiven im badiſchen [6]), oder wo dies wenigſtens im einen oder andern Fall ſich ſo verhält, wie im ſächſ., thüring. und heſſ. GB. hinſichtlich der in beiden in den Art. 4. 5. und im Art. 104 (ſächſ.), 99 (thüring.) bezeichneten Fälle, wogegen die Anträge der vorgeſetzten Behörden bei Dienſtvergehen den Anträgen der betheiligten Privatperſonen an die Seite geſtellt ſind [7]). Nach wirt. Recht ſind wohl die betr. Beſtimmungen auf keinen der in die Klaſſe a) gehörigen Fälle zu beziehen, wiewohl es nirgends geradezu geſagt, auch in den Verhandl. nicht berührt worden iſt [8]). In Hannover iſt die Frage ganz und gar unbeſtimmt geblieben [9]). Das öſtr. GB. gehört hierher nicht, da es zwar §. 529 Behörden und Privatperſonen gleichſtellt, aber erſtere eben nur in Fällen, wo ſie ſelbſt als Beſchädigte

---

1) ſ. z. B. ſächſ. GB. Art. 104. 326. vgl. Art. 4. 5 (Verbrechen im Ausland oder gegen das Ausland). wirt. Art. 155. 167. hannövr. Art. 141. 142. 340. braunſchw. §. 95. 255. heſſ. Art. 4. 145. 146. 148—150. 152. nr. 3—5. 190. bad. §. 319. 596. 614. Einführ.Ed. §. 8. Einf.Geſ. 1851. §. 9. thüring. Art. 4. 5. 99. 322. preuß. §. 81. 102. 103.

2) Leonhardt I. 328. 329. Breidenbach I. 1. S. 644. 645.

3) ſ. hinſichtlich der Verjährung §. 128. Anm. 1.

4) doch ſind unter die Privatperſonen auch die Geſandten und Kammermitglieder zu ſtellen. Goldtammer I. 442.

5) im Gegenſatz zu §. 95. 255. vgl. Breym. S. 232.

6) Thilo S. 209. 210. Im §. 319. 596 u. im Einf.Ed. §. 8 lauten freilich die Ausdrücke ſo, daß man ganz wohl das Gegentheil glauben könnte. ſ. auch §. 577. 579. vgl. indeſſen auch Einf.Geſ. 1851. §. 9. Hieher gehört wohl auch der bair. Entw., der freilich auch den allgemeinen Ausdruck: Antrag des Beſchädigten gebraucht.

7) Sächſ. GB. Art. 326; im Art. 75 iſt zwar nur vom Antrag einer betheiligten Perſon die Rede. ſ. aber Art. 77. 78, Weiß S. 307 und die deutliche Gleichſtellung im Entw. Art. 95. 105. 375. Thüring. GB. Art. 322 j. Strafproz.O. Art. 4. — Nach dem ſächſ. GB. können die vorgeſetzten Behörden in gewiſſen geringeren Fällen ſtatt des Antrags bei Gericht die Sache ſelbſt in die Hand nehmen und disziplinariſch abmachen. vgl. VO. 27. April 1838. Art. 5. Weiß S. 838 ff. — In Heſſen ſind ausgen. Art. 4. 145. 146. 151. 152, nicht aber Art. 190, wie Breidenbach S. 644 ſagt. ſ. Bopp S. 20.

8) arg. der Worte in Art. 134 „des Beſchädigten", welche auf die betr. (ſehr wenigen) Fälle — Art. 155. 167. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 24 — nicht gut paſſen. ſ. übr. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 130.

9) Daher der Streit hinſ. der Verjährung ſ. o., der auch bei der Frage über den Verzicht wiederkehrt. Leonhardt I. 327—329 u. Schlüter, v. Bothmer ib. citt.

erscheinen, als klagberechtigt aufführt [1]). — Von den in die Klasse a) gehörigen Fällen nun abgesehen, sind die Gründe, aus welchen von der Regel des Verfahrens ex off. Ausnahmen gemacht zu werden pflegen [2]), vornämlich theils die schonende Rücksicht auf den Verletzten selbst, dem es leicht doppelt kränkend sein könnte, wenn die Verletzung, die wesentlich in einer Kränkung des Ehrgefühls besteht, durch amtliche Verfolgung weiter verbreitet würde, daher diese Rücksicht dann wegfällt, wenn die Beleidigung nicht den Privatcharakter, sondern den öffentlichen betrifft [3]), — theils schonende Rücksicht auf die Interessen des inneren Familienlebens [4]), welche dann wiederum wegfällt, wenn durch das im Verbrechen selbst gegebene öffentliche Aergerniß das Familienverhältniß an sich schon profanirt und prostituirt ist [5]), oder wenn diejenigen selbst, welchen der entscheidende Wille in der Familie zukommt, das Verbrechen an einem ihrem Schutze befohlenen Mitgliede derselben verübt haben [6]), — theils Rücksicht auf die manchmal schwer zu ziehende Grenze zwischen bürgerlichem und strafbarem Unrecht [7]), — auch wohl die unbestimmte Rücksicht: minima non curat praetor [8]).

1) Zwar sind auch die Rechtsgrundsätze selbst in dieser Lehre in den neueren Gesetzgebungen in sehr verschiedenem Grade entwickelt. Aber darin stimmen sie sämmtlich überein, daß sie die betr. Delikte in keinem Sinne als Privatdelikte [9]) auffassen. Vielmehr die Delikte, wie die Strafen sind öffentlicher Natur und die Klage, wovon die Untersuchung abhängig gemacht ist, gilt keineswegs als frei disponibles Vermögensrecht. Es soll nur binnen einer gewissen Zeit in das Be-

---

1) §. 492. j. 495.

2) s. hierüber bes. Godefroi p. 115 sq. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 617—620.

3) Dagegen stellt sich Zachariä N. Arch. 1847. S. 391. 392 auf einen veralteten Standpunkt, wenn er hervorhebt, daß die Strafe hier den Charakter der Privatsatisfaktion habe (dies ist nur bei der actio inj. aestim. richtig) und daß der Staat sich hier überhaupt nur einmische, um Privatrache zu verhindern. Hierher gehören Injurien, Körperverletzungen, Nothzucht, Verletzung fremder Geheimnisse ꝛc.

4) Theils untergeordnet, theils schief erscheint der von Zachariä S. 392—394 mit eingemischte Gesichtspunkt der relativ vom Staate anerkannten Familienstrafgewalt. (s. übr. das östr. GB. §. 525.) Was er unter 2. und 3 scheidet, gehört zusammen. — Unter diese Rubrik fallen die Eigenthumsverletzungen innerhalb der Familie, Ehebruch, Entführung, Unzucht, betrügliche Verleitung zur Ehe, Verführung zum Beischlaf durch Vorspieglung der Ehe, Verleitung von Minderjährigen, Betrug und Fälschung in Bez. auf Familienrechte.

5) so z. B. beim Ehebruch, Sodomie, Nothzucht ꝛc.

6) z. B. bei Verführung zur Unzucht, Zwang zur Ehe ꝛc.

7) Dies ignorirt Zachariä. Es gehört hierher leichtere Eigenthumsbeschädigung, Betrug in Vertragsverhältnissen, Beschädigung durch Verletzung fremder Geheimnisse, widerrechtliche Benutzung fremder Sachen ꝛc.

8) z. B. bei Entwendung von Eß- und Trinkwaaren aus Hunger, Drohungen, Selbsthilfe, Hausfriedensbruch ꝛc. Für Andres, was noch vorkommt, wie Nöthigung, betrüglicher Bankerott, ungesetzliche Verhaftung ꝛc. ꝛc., läßt sich ein genügender Grund nicht wohl denken.

9) Eine Ausnahme macht in Wirt. die noch zugelassene actio inj. aestim. Ges. üb. die privatr. Folg. Art. 17. Mit Unrecht nennt dagegen Beseler S. 333 die Injurie nach preuß. Rechte ein Privatdelikt. Aehnlich Schlüter S. 222. n. 18. Das bad. GB. kennt Geldstrafen, die dem Verletzten zufallen (§. 161). — Sehr ungenügend über die ganze Materie ist Häberlin I. 184—187.

lieben des Verletzten gestellt sein, ob er verzeihen oder der öffentlichen Justiz ihren Lauf lassen will. Aber selbst dieses Belieben ist meist mehr oder minder begrenzt. — Außer jenem negativen Grundsatze jedoch ist den neuen Gbüchern positiv nur der Eine gemeinschaftlich [1]), daß ohne eine Klage (Antrag, Anzeige ꝛc.) des Betheiligten eine Untersuchung ex officio, resp. ein Vorschreiten des Staatsanwalts nicht stattfinden darf (s. jed. unten). Dabei wird aber schon eben diese Anregung durch den Betheiligten oft in einem und demselben GB., durch verschiedene Ausdrücke bezeichnet [2]), wo denn bei einigen Gbüchern diese Verschiedenheit der Ausdrücke rechtlich indifferent [3]), bei andern dagegen von rechtlicher Bedeutung ist [4]), während wieder bei andern es zweifelhaft bleibt, ob das Eine oder das Andre der Fall sei [5]).

2) Eine wesentliche Verschiedenheit tritt sofort gleich hinsichtlich der Frage ein, ob die einmal Seitens des Betheiligten gegebene Anregung von ihm auch wieder rückgängig gemacht werden könne, und in welchem Umfang. Gar nichts hierüber sagen das bair. und hannövr. GB. Nach beiden ist daher auch die Frage zu verneinen [6]), ausgen. (in Hannover) beim Ehebruch, wenn noch vor gefälltem Strafurtheil der Beleidigte verzeiht und die Ehe fortsetzen zu wollen erklärt [7]). Das preuß. GB. §. 53 stellt ausdrücklich den Grundsatz auf, daß nach Eröffnung der Untersuchung [8]) der Antrag auf Bestrafung nicht wieder zurückgenommen werden könne, macht jedoch Ausnahmen (beim Ehebruch, wo bis zur Eröffnung des Erkenntnisses dem Beleidigten der ausdrückliche Antrag auf Nichtbestrafung gestattet ist §. 140, bei Injurien und leichten Körperverletzungen,

---

1) Bair. GB. Art. 228 (372. 373. 401). Sächs. Art. 75. Wirt. Art. 134. Hannövr. Art. 147. 218. 248. 253. 258. 259. 269. 273. 275. 318. Braunschw. §. 214. Hess. Art. 51. Bad. Strafpr.O. §. 2. Thüring. Strafpr.O. Art. 4. Preuß. GB. §. 50. Oestr. Strafpr.O. §. 2. Bair. Entw. Art. 66. Sächs. Entw. Art. 95.

2) Nicht der Fall ist dies in Wirtemb. (Klage), Hessen (Klage), Braunschweig (Anzeige).

3) Sachsen (Antrag, Anzeige), Thüringen (Antrag, Anklage), Oestreich (Verlangen, Anklage).

4) Baden (Anklage, Anzeige s. Strafpr.O. §. 55. 67. 328 ff.). Preußen (Antrag, Privatklage, s. GB. §. 160. 343. 189. Einf.Ges. Art. 16. 17).

5) Baiern (Anzeige, Klage, Denunziation), Hannover (Antrag, Verlangen, Anzeige). vgl. v. Bothmer u. Leonhardt a. a. O. mit den ganz abweichenden Behauptungen von Zachariä N. Arch. 1847. S. 399 ff.

6) Bair. Strafger. IV. 414. Note.

7) Schlüter nimmt auch die Injurien aus, jedoch nur auf ein unsicheres arg. a contr. hin. Ganz willkührliche Behauptungen stellt Zachariä S. 396 f. auf. Die Argumente aus dem gem. Recht beweisen bei ihm sowenig, als bei seinem Gegner v. Bothmer, wobei er übrigens Henke IV. §. 27 irrig auffaßt. Dagegen entscheidet gegen ihn der Grund, daß das GB. das Verfahren ex off. entschieden als die Regel aufstellt, daher bei dem Schweigen des GBs die Ausnahmen nicht willkührlich ausgedehnt werden dürfen, dazu die Beziehung auf die vorangegangenen Gbücher, bes. das bairische, und das arg. a contr. aus Art. 258. 259. Zudem ist die ganze Klassifizirung der fraglichen Delikte bei Zachariä durchaus willkührlich motivirt (s. o.), wie denn auch seinen Behauptungen die übrigen neuen Gbücher größtentheils entgegen sind. s. Leonhardt I. 326 — 328 bes. die Entsch. des O.A.Ger. not. 10.

8) Während der Informationshandlungen des Staatsanwalts ist die Zurücknahme übrigens noch möglich. vgl. VO. 3. Jan. 1849. §. 11. 39. Erk. d. OTrib. b. Frantz preuß. Strafproz. I. 41. 42. Goldtammer I. 443.

wo im Fall der Privatklage der Antrag auf Bestrafung selbst noch bis zum Anfang der Vollstreckung des Erkenntnisses zurückgenommen werden kann §. 160. 189. 343, s. jed. auch Einf.Ges. Art. 17). Dasselbe ist Grundsatz des bad. Gbs bei den nur auf Anzeige des Betheiligten zu untersuchenden Delikten [1]), jedoch gleichfalls mit Ausnahme des Ehebruchs, wo durch Zurücknahme der Anzeige vor Verkündung des Erkenntnisses die Einstellung des Verfahrens, durch Zurücknahme nach derselben sogar die Aufhebung der Vollziehung des Erk. gegen den schuldigen Ehegatten bewirkt wird §. 349. 352. vgl. 351. 353, und des Familiendiebstahls, wo dadurch bis zur Verkündung des ersten Erk. wenigstens die Einstellung des Verfahrens bewirkt werden kann §. 389. 390. 394. In andern Fällen ist eine Anklage [2]) erforderlich, welche bei falschen Beschuldigungen, Injurien und Verläumdungen solange wirksam zurückgenommen werden kann, als nicht ein verurtheilendes Erk. erfolgt und in Rechtskraft übergegangen ist [3]). Nach dem hess. GB. Art. 55 ist der Verzicht auf die angestellte Klage möglich bis zur ersten gerichtlichen Vernehmung des Angeschuldigten (beim Ehebruch bis zu Fällung des Urtheils Art. 328), (bei einfachen Injurien bis zu rechtskräftig gewordenem Erk. Art. 319. s. Einf.Ges. Art. 25) [4]). Nach wirt. Rechte bis zur Eröffnung des Beschlusses über Versetzung in den Anklagestand oder, wo eine solche nicht stattfand, bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung (bei Ehebruch und Injurien bis zur Eröffnung des Urtheils) [5]). Nach dem sächs. u. braunschweig. GB. ist die Zurücknahme der Anzeige allgemein bis zur Eröffnung des Erk. gestattet (des Erk. erster Instanz, wie letzteres ausdrücklich, ersteres implic. sagt); beim Ehebruch nach sächs. Rechte auch nach der Verkündung, mit der Wirkung, daß die Strafe an dem schuldigen Gatten nicht vollzogen werden darf [6]); nach dem braunschw. GB. kann der Beleidigte bei Injurien die Strafe ganz oder theilweise erlassen [7]). Eben denselben Grundsatz wie das sächs. stellen das thüring. und das östr. GB. §. 530 auf; und letzteres fügt bei, daß ein Widerruf des Antrags auf Bestrafung nach Verkündung des Erk.

---

1) §. 238. 278. 280. 338. 343. 361. 391. 444. 456. 476. 544. 545. 577. 579. 654. Nach Zachariä's Meinung (S. 400. 401) müßte dem Ausdrucke des GBs (Unters. und Bestrafung) gemäß gerade das Umgekehrte gelten.

2) §. 238. 279. 315 f.

3) §. 322. vgl. Strafpr.O. §. 332. Ob dies auch in den Fällen der §. 238. 279 gelte, sagt das GB. nicht; der angef. §. 332 führt neben den §. 315 f. nur den §. 238, nicht auch den §. 279 auf.

4) Ebenso lautete das wirt. GB. Art. 135, wo unter der ersten Vernehmung die erste Vernehmung in der Spezialuntersuchung zu verstehen war, was Breidenbach höchst willkührlich ansicht. Hufnagel I. 677. 678. II. 909. Anders legen nach jenem die hess. Gerichte diesseits des Rheins den Art. 55 aus (buchstäblich), womit jedoch die rheinhessischen nicht übereinstimmen. I, 1. S. 644—647.

5) Ges. 13. Aug. 1849. Art. 19. vgl. Hufnagel II. 909.

6) Vorausgesetzt, daß nicht die Ehe bereits getrennt ist. s. das O.A.Ger. bei Weiß S. 305. 567. Groß I. 157. vgl. übrigens Schaffrath S. 655. s. aber S. 656. Held u. Siebdrat S. 297. 298. vgl. jed. hiemit das braunschw. GB. §. 188 u. Breym. S. 321.

7) vgl. übr. die Bem. 2 zu §. 147 b. Breym. S. 321. — Eigenthümlich ist die Bestimmung des bair. Entw. Art. 66. (drei Tage nach gestelltem Antrag). Das GB. schwieg. Die Nov. 12. Apr. 1814 gestattete beim Familiendiebstahl die Zurücknahme des Antrags nicht. Der sächs. bleibt bei der Regel des Gbs. Art. 103.

in der Regel nur als Strafmilderungsgrund in zweiter Instanz wirke [1]). Der Erlaß der Strafe durch den betheiligten Privaten oder die dazu berufene öffentliche Behörde hat nach §. 529 die gleiche Wirkung, wie die Vollstreckung der Strafe.

3) Es ist nun aber schon der Grundsatz, daß überhaupt nur auf Anregung des Betheiligten gerichtliche Untersuchung und Bestrafung stattfinden dürfe, resp. der Verzicht auf die bereits angestellte Klage Wirksamkeit habe, meist theils allgemein bei allen fraglichen Delikten [2]), theils wenigstens bei den einen oder andern, wie namentlich Injurien, Körperverletzungen, Nothzucht und andern Unzuchtsverbrechen, auf die Fälle beschränkt, daß das Delikt nicht mit einer Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden gewesen [3]) oder daß nicht dadurch ein öffentliches Aergerniß gegeben worden sei [4]). Desgleichen ist hie und da Einschreitung ex off. vorbehalten bei Injurien contra parentes [5]), sowie beim Familiendiebstahl und Entwendung von Eßwaaren, wenn sie auf gefährliche Weise begangen werden [6]). Zuweit gegangen ist es übrigens, wenn dasselbe überall auch im Fall der idealen Konkurrenz eines hierhergehörigen Delikts mit einem ex off. zu untersuchenden angeordnet wird [7]). Eigenthümlich sind endlich noch die hie und da vorkommenden Bestimmungen, wornach Aufsichtsbehörden neben oder statt eines Privatbetheiligten [8]), resp. Behörden selbst als unmittelbar Betheiligte zu der die Untersuchung bedingenden Anregung berufen werden [9]) (abgesehen von den Fällen, wo bei Dienstvergehen die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens von dem Antrag oder der Ermächtigung der vorgesetzten Dienstbehörde abhängig gemacht wird. s. o.).

---

1) Ueber den Ehebruch s. §. 503. Auch die bereits gegen den schuldigen Ehegatten erkannte Strafe erlischt, wenn der Beleidigte erklärt, er wolle die Ehe mit ihm fortsetzen.

2) so im braunschw. GB. §. 244. vgl. Ges. 23. Febr. 1837. nr. 9. §. 4. Breym. Bem. 2 zu §. 247. S. 321.

3) Wirt. GB. Art. 261; s. dag. 291, wornach die Injurie an sich dadurch nicht ex off. strafbar wird (vgl. Zachariä N. Arch. 1845. S. 577. 578. 580?). s. übr. Hufnagel II. 125. III. 314—317. 672. Hannövr. GB. Art. 269. Hess. GB. Art. 272. s. dag. 319 (wie in Wirtemb. bei Körperverl. auch dann, wenn der von seinem rechtlichen Vertreter Beschädigte nicht im Stande ist, sich selbst an die Obrigkeit zu wenden). Preuß. Einf.Ges. Art. 16. 17 (Beseler S. 333. 620). Andre Rücksichten s. im thüring. GB. Art. 136. Eigenthümlich Bad. §. 238.

4) z. B. Wirt. GB. Art. 300. 310. Ueber Sächs. Art. 214. s. v. Hartitzsch S. 343. Schaffrath S. 657. Hannövr. Art. 258. 273. Bad. §. 338. 361. Oestr. §. 503. j. 510. Bei Nothzucht u. dgl. wird auch wohl der Fall ausgenommen, wenn sie den Tod oder sonst schwere Folgen herbeigeführt hat. Wirt. GB. 300. Hann. 273, — wenn bei Verführung zur Unzucht ein Respektsverhältniß mißbraucht wurde und die verführte Person nicht klagt. Wirt. GB. a. a. O. Aehnlich preuß. GB. bei kulp. Tödtung §. 198.

5) z. B. sächs. GB. Art. 135. 203. Hannövr. Art. 269.

6) z. B. sächs. GB. Art. 237. 238. Wirt. Art. 339. 340. Thüring. Art. 229. 230. Hess. Einf.Ges. Art. 33 (s. dag. GB. Art. 328 vgl. Hannövr. Art. 318. Bad. §. 389—391. Preuß. §. 229. Oestr. §. 463).

7) wie im braunschw. GB. §. 244. s. dag. Wirt. Art. 291. Sächs. Art. 203. Hess. Art. 319. Bad. §. 315. Thilo S. 288.

8) so namentlich bei der Amtsehrenbeleidigung. s. z. B. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 24. Hess. GB. Art. 190. Bad. §. 317. Thüring. Art. 293.

9) z. B. Bad. GB. §. 370. 577. 579.

4) Ferner iſt nicht ſelten die Zurücknahme des Antrags nur dann für wirkſam erklärt, wenn nicht der Angeſchuldigte auf Durchführung des Prozeſſes dringt, was namentlich behufs der Vorbereitung der Gegenklage auf falſche Denunziation geſchehen kann [1]).

5) Die Frage, wie die Anregung von Seiten des Betheiligten beſchaffen ſein und bei welcher Behörde ſie vorgebracht werden müſſe, erledigt ſich einfach, wo das GB. überhaupt [2]) oder für einige der fraglichen Fälle [3]) ein förmliches Anklageverfahren anordnet. Wo bloß eine Anzeige gefordert wird, genügt die einfache Denunziation beim Gerichte ſelbſt oder bei einer Polizeiſtelle, deren Obliegenheit es iſt, die gerichtliche Unterſuchung der bei ihr zur Anzeige gekommenen Delikte zu vermitteln [4]). Wo dagegen ein Antrag oder eine Klage verlangt wird, muß jener oder dieſe beim Gerichte ſelbſt oder der Staatsbehörde [5]), und zwar in der beſtimmten Weiſe geſtellt werden, daß auf Beſtrafung des Angeſchuldigten beſtanden werde [6]). Hier iſt es dann bei ſolchen Verbrechen, bei welchen ſich im Anfang der Unterſuchung nicht überſehen läßt, ob der Fall nicht auf ein nur auf Klage ſtrafbares Delikt ſich reduziren wird (z. B. Körperverletzungen) nöthig, daß der Richter bei Zeiten die fragliche beſtimmte Erklärung des Betheiligten veranlaſſe [7]). Stellt ſich dann aber im Lauf der Unterſuchung wirklich heraus, daß der Fall ein ſolcher ſei, ſo iſt die Unterſuchung abzubrechen, wenn der Betheiligte nicht Beſtrafung verlangt hat [8]).

6) Eine fernere zweifelhafte Frage iſt die, wie der Verzicht beſchaffen ſein müſſe? Sie fällt hinweg, wo gar kein Verzicht auf die einmal geſtellte Klage

---

1) Wirt. GB. Art. 134. Heſſ. Art. 54. Geſ. 23. Febr. 1849. Art. 2. Braunſchw. §. 247. Thüring. Strafpr.O. Art. 97 a. E. Oeſtr. Strafpr.O. §. 189. Bad. §. 394. Nach Schwarze N. Jahrb. 1844. S. 358. 359 ſoll ſich dies auch für das ſächſ. Recht von ſelbſt verſtehen (?). Das ſächſ. GB. ſagt nichts davon, ebenſowenig die übrigen. Nach der Regel des preuß. und badiſchen (bei der „Anzeige", vgl. jed. §. 394) war auch eine ſolche Beſtimmung nicht nöthig. ſ. übr. Strafpr.O. §. 63. Das Gegentheil iſt nach dem bad. Recht angeordnet, wo wahre Anklage ſtattfindet, Strafpr.O. §. 332. vgl. noch Breidenbach I. 1. S. 663. 664 (ein Vorſchlag von zweifelhaftem Werthe. vgl. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 133. nr. 7).

2) Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 49. Oeſtr. §. 37.

3) Bad. Strafpr.O. §. 328. 332.

4) Braunſchw. §. 244 (dem allgemeinen Ausdruck zufolge). Nach der bad. Strafpr.O. ſcheint auch die Anzeige bei dem Gericht od. dem Staatsanwalt gemacht werden zu müſſen.

5) Preuß. VO. 3. Jan. 1849. §. 9. vgl. Einf.Geſ. Art. XVIII (Schiedsmann).

6) ſ. bair. Geſ. 25. März 1816. Art. 12 (zu Art. 228, wo ſogar bloß von Anzeige die Rede iſt). Sächſ. VO. 27. Nov. 1846. Weiß S. 304 (es genügt jedoch, wenn ein ſolcher beſtimmter Antrag bei der Polizeibehörde geſtellt wird. ſ. auch Entw. Art. 101). Ueber Wirtemb. ſ. Hufnagel II. 541. 908. III. 185. Ganz abweichend legt Breidenbach I. 2. S. 648. 649 das heſſ. GB. aus (?). Völlig rathlos läßt das hannövr. GB., das bald von Anzeige, bald von Verlangen, bald von ausdrücklichem Verlangen, bald von einem Antrag ſpricht; daher die verſchiedenen Deutungen bei Zachariä, v. Bothmer, Leonhardt a. a. O.

7) ſ. die angef. ſächſ. VO. u. Entw. Art. 102. vgl. übr. Abegg in N. ſächſ. JB. VIII. 46. 47.

8) Das Gegentheil wurde ſchon in wirtemb. Gerichten angenommen, damit „nicht das Gericht umſonſt ſich bemüht habe" (!).

mehr statthaft ist, wie nach dem bair. [1]) und in der Regel nach dem hannövr. Rechte. Nur beim Ehebruche enthält das hannövr. GB. nicht bloß die bereits angef. Ausnahme, sondern auch die weitere Bestimmung, daß ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung das Recht zur Anklage aufhebe [2]). Eben dieses letztere enthalten auch das sächs. und thüring. GB. [3]), die außerdem von einem außergerichtlichen Verzichte, wodurch der Antrag unstatthaft würde, nichts erwähnen. Ebenso verhält es sich mit dem hessischen [4]) und braunschweig. [5]). Auch das preuß. und bad. GB. wissen nichts von einem außergerichtlichen Verzichte, der den Antrag auf Untersuchung unwirksam machen könnte (nur beim Ehebruch macht das bad. eine Ausnahme) [6]). Völlig abweichend verhalten sich dagegen das östr. und wirt. GB. Ersteres sagt ausdrücklich (§. 530), der Betheiligte solle zu dem Ansuchen um Untersuchung und Bestrafung nicht mehr berechtigt sein, wenn er die Handlung ausdrücklich verziehen habe [7]). Noch weiter aber gehen die als angenommen anzusehenden Motive des wirt. Gbs, welche sagen, es verstehe sich von selbst, daß der Verzicht, der im Gesetze an keine Form gebunden sei [8]), mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend [9]) erklärt werden könne [10]). Wenn es nun aber nach den beiden letztern Gbüchern bei allen hierhergehörigen Delikten, nach den meisten übrigen wenigstens beim Ehebruch [11]) vorkommen kann und vorkommt, daß einer gestellten Anklage die Einrede der (ausdrücklichen, resp. stillschweigenden) Verzeihung entgegengesetzt wird, so fragt sich, wo und wie der präjudizielle Streit hierüber zu erledigen sei? Gewiß mit Recht sagen die wirt. Motive: vor dem Strafrichter und mittelst der im Strafverfahren zulässigen Beweismittel [12]).

7) Die Frage, ob die von dem Betheiligten gegebene Anregung den Richter unbedingt verpflichte, eine Untersuchung zu eröffnen, resp. die Staatsbehörde, die

---

1) Nov. 12. April 1814 (freilich nur auf Art. 228 bezüglich).

2) Art. 258. Was im Fall eines Streites über eine stattgefundene Verzeihung geschehen solle, ist — wie so vieles Andre — mit Stillschweigen übergangen.

3) Sächs. Art. 215. Thüring. Art. 206. vgl. Wächter Abh. I. 268. f. jed. Schaffrath S. 656. 657. Held u. Siebdrat S. 138.

4) Breidenbach I. 2. S. 658. 659. Art. 54. 55. 327.

5) §. 247 ist ausdr. eine Erklärung des Verzichts zu Protokoll verlangt. Beim Ehebruch (§. 188) weicht das GB. von den meisten übrigen ab.

6) §. 351. Goldtammer I. 442. Das preuß. folgt beim Ehebruch dem braunschw. Ueber die Verzeihung beim Ehebruch vgl. Wächter Abh. I. 350—353.

7) Hievon ist auch beim Ehebruch §. 503 eine Ausnahme nicht gemacht. Der bair. Entw. Art. 66 läßt nur ausdrücklich vor Gericht erklärten Verzicht zu.

8) Wenn Hufnagel I. 323 übrigens sogar einem stillschweigenden Verzichte auf die bereits angestellte Klage das Wort redet, so ist dies wohl in keiner Weise begründet. vgl. Schaffrath S. 656. 657.

9) s. hierüber Hufnagel I. 322. **

10) d. h. nach verübtem Delikt. vgl. l. 4 D. de pact. (2. 14).

11) Nach gem. Rechte würde derselbe Fall auch bei Injurien praktisch sein. Wächter Lb. II. §. 158. n. 5.

12) A. M. Hepp Komm. II. 4. n. 7 (!). s. übr. auch die — indessen hier nicht praktisch bedeutenden — braunschw. Motive b. Breym. S. 292 unt. 293. Die übrigen Gbücher geben über die Frage meist keine Auskunft. s. jed. Oestr. Strafpr.O. §. 37. 64. 65. Thüring. Strafpr.O. Art. 49. 99. 100. Bad. Strafpr.O. §. 55. 62. 67. 338 (wohl nicht genügend). Hufnagel I. 322. 324. III. 188. 189.

Klage anzustellen, ist zu verneinen [1]). Anders natürlich, wo der Betheiligte selbst förmlich als Privatankläger aufzutreten angewiesen ist [2]).

8) Daß im Falle der Zurücknahme eines auf Untersuchung und Bestrafung gestellten Antrags der Verzichtende die Kosten zu bezahlen schuldig sei, wurde mehrfach anerkannt [3]).

9) Eine in den neuen Gbüchern übersehene Frage ist die: wie ein für Geld geleisteter Verzicht auf die Klage rechtlich zu beurtheilen sei [4]). Die röm. Grundsätze über Privatdelikte [5]) sind, wie überhaupt, so auch in dieser Frage auf die hier in Rede stehenden Verbrechen nicht anwendbar; ebensowenig aber die (ohnedies theilweise unklaren und unvollständigen) über das Loskaufen von einer beabsichtigten accusatio [6]). Um so mehr wäre zu wünschen gewesen, daß die neuere Gesetzgebung dem hier so leicht möglichen niederträchtigen Schacher vorgebeugt hätte. Ein solcher kann aber in der That jetzt nicht für strafbar angesehen werden, es wäre denn, daß im konkreten Falle der Thatbestand einer Erpressung sich nachweisen ließe. Zwar wird ein solcher Vergleich civilrechtlich stets als ein pactum turpe zu behandeln sein [7]); allein strafrechtlich behält er die Wirkung eines erlaubten Verzichts, wogegen natürlich bei ex off. zu untersuchenden Delikten [8]) ein solcher Vergleich die richterliche Einschreitung nicht hindern kann. Indessen ist eine Uebereinkunft über den Schadensersatz mit einem solchen Vergleiche nicht zu verwechseln; ebensowenig eine Verständigung mit dem Thäter über die Tragung der Kosten im Falle der Zurücknahme der Klage [9]).

---

1) Weiß S. 304. vgl. N. Jahrb. 1845. S. 428. Hufnagel III. 185 (OTrib. u. Just.Min.). In Baiern, Hannover, Braunschweig, Hessen scheinen Bestimmungen hierüber zu fehlen. s. dag. Preuß. VO. 3. Jan. 1849. §. 9. Bad. Strafpr.O. §. 55. 67.

2) Preuß. GB. §. 160. 189. 343. Bad. Strafpr.O. §. 332. Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 49. Oestr. Strafpr.O. §. 37.

3) Sächs. Ges. 8. Febr. 1834. Art. 23. Weiß S. 305. vgl. N. Jahrb. 1844. S. 358. 1845. S. 428. 429. Held u. Siebdrat S. 138. — Hufnagel III. 191. Breidenbach I. 2. S. 661—663. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 2. Anderer Ansicht ist man in Braunschweig s. Breym. S. 321. vgl. dag. thüring. Strafpr.O. Art. 361, 3. östr. Strafpr.O. §. 342. u. bad. §. 357 (wo jedoch bloß vom Ankläger die Rede ist). Sehr mangelhaft ist in der Kostenfrage überhaupt das preuß. Recht. s. Frantz preuß. Strafpr. S. 289 f. In Baiern u. Hannover ist die vorliegende Frage nur sehr wenig praktisch.

4) s. bes. Hufnagel I. 324—330. II. 908. 909. III. 186—188. 383—389. vgl. Steck u. Sarwey Mon.schr. VIII. 13. Breidenbach I. 2. S. 660. 661.

5) l. 7 §. 7. 14. l. 27 §. 4 D. de pact. (2. 14). l. 54 §. 4 D. de furt. (47. 2). l. 4 §. 4. 5. l. 5. 6 §. 3. 4 D. de his qui not. (3. 2).

6) Glück V. §. 353. XIII. §. 825. 826. Sie beruhen auf dem röm. Anklageverfahren und hängen theilweise mit Bestimmungen über jetzt unpraktische Verbrechen zusammen. Platner quaest. p. 114—118. Hefftter §. 195. 403. 405. 656.

7) s. hierüber und bes. über die Frage, wann das Gegebene der Armenkasse zufalle (Wirt. Ges. üb. d. privatrechtl. Folgen. Art. 21), Hufnagel a. a. O.

8) Wäre hier der Geldempfänger ein zur Anzeige verpflichteter öffentlicher Diener, so läge Bestechung vor, desgleichen für den Verletzten oder einen andern Privaten strafbare Begünstigung, wo (wie z. B. nach sächs. GB. Art. 40) die Nichtanzeige unter gewissen Umständen hiefür erklärt ist. Nach dem wirt. Ges. 13. August 1849. Art. 16 fällt Letzteres weg. Hiernach ist Hufnagel zu ergänzen. — vgl. auch das östr. bürg. GB. §. 1384.

9) Weiß S. 305. Breidenbach I. 1. S. 661. vgl. sächs. Entw. Art.

10) In der Regel ist unter dem Betheiligten der unmittelbar Verletzte zu verstehen. Ausnahmsweise wird jedoch das Klagerecht auch andern Personen, oder Behörden, zum Theil selbst gegen den Willen des Verletzten zugestanden. Nicht unter diese Ausnahmen gehört das Klagerecht der rechtlichen Vertreter im Fall der Entführung einer freiwillig folgenden Person, da hier die Familie selbst die unmittelbar Verletzte ist [1]). Im Grunde auch nicht das der vorgesetzten Behörden bei der Amtsehrenbeleidigung, da jene eben nur das beleidigte Amt selbst vertreten. Wohl aber, wenn bei Nothzucht, Verführung zur Unzucht, betrüglicher Verleitung zur Ehe, zur Verschwendung u. dergl. den rechtlichen Vertretern ein solches Recht eingeräumt wird [2]). — Für Unmündige und Geisteskranke muß natürlich das Recht der Klage wie des Verzichts von ihren Vertretern ausgeübt werden [3]). Bei Minderjährigen kann es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gleichfalls nicht bezweifelt werden, daß neben und für sie diese Vertreter auftreten können; indessen ist es ganz am Platze, wenn das Recht der letzteren, auch gegen den Willen des Verletzten zu handeln, wenigstens auf bestimmte Fälle beschränkt wird [4]). Dagegen läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn allgemein bestimmt wird, daß im Fall der Krankheit oder Abwesenheit anstatt solcher Minderjährigen und statt Volljähriger ihre rechtlichen Vertreter zur Klage ꝛc. berechtigt sein sollen [5]), da hierin eine willkührliche Beschränkung solcher Personen liegt. Nur wenn es sich um ein Verbrechen gegen die Vermögensrechte eines unter Kuratel stehenden Verschwenders handelt, ist es gerechtfertigt, das Recht zu Klage und Verzicht selbst gegen seinen Willen seinem Vertreter einzuräumen [6]). In dem Fall, wenn

---

103 a. E. 104. Ueber den Fall, wenn der Ehemann für Nichtanzeige eines Ehebruchs Geld nimmt, s. Hufnagel I. 328. 329 Note. II. 273. 274. vgl. Wächter Abh. I. 126. n. 66. u. S. 383.

1) Sächs. GB. Art. 149. 150. 153. Preuß. GB. §. 209. Ebenso bei der Verleitung von Minderjährigen. Wirt. GB. Art. 372. Hess. Art. 300. Sächs. Art. 263.

2) s. Wirt. GB. Art. 300. 373. 374. Bad. §. 338. 361. Sächs. Art. 264. 265. 266. Braunschw. §. 245. Hess. Art. 401. A. M. Roßtäuscher in den N. sächs. JB. VI. 238.

3) Wirt. GB. Art. 137. Braunschw. §. 245. Thüring. Art. 297 j. Strafpr.O. Art. 48. vgl. jedoch Weiß S. 309—311, wornach in Sachsen verschiedene Ansichten sich geltend machten, u. bes. Roßtäuscher a. a. O. S. 236 f. (dessen Vorschläge jedoch nicht durchaus praktisch sind). Held u. Siebdrat sächs. GB. S. 138. Schaffrath S. 658. 659 (?).

4) A. M. Breidenbach I. 1. S. 654. u. das preuß. GB. §. 54. s. dag. wirt. GB. Art. 137, 2. braunschw. §. 245, 2. sächs., bad. GB. a. a. O. Umgekehrt läßt die thüring. Strafpr.O. Art. 48, wenn der Verletzte 16 J. alt ist, die Vertreter nicht gegen seinen Willen handeln. Der sächs. Entw. Art. 97 läßt für eine vom Ehemann verletzte minderj. Ehefrau ihre Vertreter nicht zu (vgl. Weiß S. 308). Mit der hier im Texte geltend gemachten Ansicht stimmt auch die bei Weiß S. 310. 311 angef. Ausführung, sowie Roßtäuscher überein. Das wirt. u. thüring. Ges. nehmen das 16te, das braunschw. u. der sächs. Entw. das 14te Jahr als Unterscheidungsjahr an. Breidenbach u. das sächs. Gericht bei Weiß das 12te, Roßtäuscher das 12te, resp. 18te. Leonhardt I. 325. n. 6. wendet auf das hannövr. GB. einfach die von Breidenbach vorgetragene Ansicht an (?).

5) Wirt. u. Braunschw. GB. a. a. O. s. dag. Hufnagel I. 336. 337. Breidenbach I. 1. S. 653. vgl. übrigens noch Hufnagel II. 542. Das bad. GB. §. 315. 316. drückt sich unklar aus.

6) Sächs. Entw. Art. 98. Noch weiter geht das hess. GB. Art. 401.

das Verbrechen von den rechtlichen Vertretern selbst verübt ist, bestimmen mehrere Gbücher theils allgemein [1]), theils wenigstens bei bestimmten einzelnen Delikten [2]), daß das Verfahren ex off. eintreten soll, während nach andrer Ansicht hier der Obervormund einzutreten, resp. das Gericht einen andern Vormund zu bestellen hat [3]). — Mit dem Recht, als gesetzlicher Vertreter einer Person zu klagen und zu verzichten, ist natürlich das Recht derjenigen nicht zu verwechseln, welche durch das Delikt mittelbar mitverletzt und als solche zur Anstellung der Klage oder Zurücknahme derselben selbständig befugt sind [4]).

11) Das Recht zu klagen und zu verzichten ist ein persönliches und geht nicht auf die Erben über [5]). Wo der Begriff der mittelbaren Injurie anerkannt ist, könnte die Frage entstehen, ob nicht die mittelbar Verletzten die von dem Verstorbenen angebrachte Klage fortsetzen, resp. auf sie verzichten dürfen? Sie ist jedoch zu verneinen, weil denselben das Recht selbständig zusteht, mithin unabhängig von dem Rechte des unmittelbar Beleidigten, daher sie auch nicht in dieses eintreten können [6]). Dagegen geht allerdings die actio injur. aestimatoria, wo sie noch zugelassen ist, nach der Litiskontestation aktiv und passiv auf die Erben über [7]). — Uebrigens geben die meisten neueren Gbücher den Erben das Recht, wegen einer gegen den Verstorbenen erst nach seinem Tode verübten Ehrenkränkung oder Verläumdung Klage zu erheben (s. den bes. Theil).

12) In einige neuen Gesetzbücher ist der Grundsatz übergegangen, daß, wenn Mehrere an einem Verbrechen Theil genommen haben, die gegen Einen Theilnehmer erhobene Klage auch gegen die Andern gelten und der hinsichtlich Eines derselben erklärte Verzicht auf die Klage auch in Betreff der Uebrigen wirken soll [8]). Andre sprechen nur den ersten [9]), andre nur den zweiten [10]) Theil des

---

1) Wirt. GB. a. a. O. Abgelehnt in Sachsen. Weiß S. 308.

2) s. z. B. Hess. GB. Art. 272. Bad. §. 361. Braunschw. §. 245.

3) Weiß S. 311. Breidenbach S. 655. Hufnagel I. 337. Mit Unrecht will aber dieser, daß es in Wirt. so gehalten werden solle. Das GB. sagt klar das Gegentheil und hat auch seinen guten Grund dazu; es will, daß ein rechtlicher Vertreter im Falle einer so großen Pflichtverletzung schlechthin bestraft werden soll. Uebrigens ist der Ausdruck des GBs viel zu allgemein; es würde darnach streng genommen jeder Ehebruch des Ehemanns ex off. zu untersuchen sein! s. auch Schaffrath S. 659.

4) Hufnagel III. 186. Weiß S. 552 ob. A. M. Schaffrath S. 659. s. aber auch v. Hartitzsch S. 330. Preuß. GB. §. 162. Hannövr. Art. 269. Braunschw. §. 245. Thüring. Art. 193.

5) Weiß S. 305. Hufnagel III. 185. 186. Breidenbach I. 1. S. 660. n. 11 (dessen Zweifel hins. des Art. 321 unmotivirt erscheint).

6) A. M. Hufnagel a. a. O. s. dag. Beseler S. 205. 206. 333. 334. vgl. 336 (GB. §. 51. 162). vgl. l. 1 §. 3. 5. 9 D. de injur. (47. 10). Das bad. GB., obgleich es den Begriff der mittelb. Injurie verwirft, giebt den Vertretern des Beleidigten das Recht, die Klage nach seinem Tode fortzusetzen, ja sogar erst zu erheben §. 316.

7) Ebenso natürlich die im Wirt. Ges. üb. privatrechtl. Folgen Art. 18 gegebene Civilklage. s. das Nähere bei der Lehre von den Injurien.

8) Wirt. GB. Art. 136. Hess. Art. 56. Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 97. Braunschw. GB. §. 246. 247, 1.

9) Preuß. §. 52. Goldtammer I. 443. vgl. §. 160. 189. 343. Merkwürdig die früheren Bybl. Goldtammer I. 388 ff.

10) Bair. Entw. Art. 67.

Satzes aus, während wieder andre gar nichts über die Frage sagen [1]). — Die Gründe jener Bestimmung sind aber sehr zweifelhaften Werths. Der Behauptung [2]), daß sie nur eine Konsequenz der ganzen ratio legis für die Ausschließung der Untersuchung ex off. in den fraglichen Fällen sei, steht entgegen, daß es sich mit dieser doch in manchen Fällen gar wohl verträgt, wenn der Beleidigte einen ihm Nahestehenden, dessen Bestrafung ihn mitkränken würde, schonen, dagegen in Beziehung auf andre Theilnehmer eine solche Schonung nicht eintreten lassen will, — wie er denn ja auch (s. unten) in vielen solchen Fällen durch Unterlassung der Klage oder Verzicht hinsichtlich des ihm nahestehenden Urhebers die offizielle Verfolgung fremder Theilnehmer nicht hindern kann. Eben dieses Letztere steht auch der Behauptung [3]) entgegen, daß die ungleiche Behandlung der Theilnehmer gegen das Prinzip der Gerechtigkeit sein, das Rechtsgefühl verwirren, die Gerichte in den Fall setzen würde, auf eine unvollständige Untersuchung hin zu urtheilen, — man müßte denn die Anomalie noch weiter treiben, und auch die fremden Theilnehmer unter die Bedingung der Klage und des Verzichts stellen. Wenn endlich gesagt wird, in der Theilbarkeit des Strafantrags läge die Anerkennung einer reinen Willkührgewalt des Verletzten, so ist dies allerdings nicht zu läugnen; nur freilich ist ebensowenig in Abrede zu ziehen, daß derselbe Vorwurf dieses ganze Institut der Klage und des Verzichts überhaupt trifft. — Vor Allem sind nun diejenigen Fälle auszuscheiden, welche hierher gar nicht gehören, und zwar theils der Fall, wenn durch Ein solches Delikt Mehrere unmittelbar oder mittelbar beschädigt sind; hier bestehen die Rechte dieser auf Klage und Verzicht selbständig neben einander [4]); theils der Fall, wenn mehrere Personen nicht Ein, sondern mehrere, wenn gleich zusammenhängende Delikte der fraglichen Art begangen haben [5]). — Sieht man sofort den Grundsatz selbst näher an, so erheben sich nothwendig Schwierigkeiten [6]), schon wo es sich nur von Einem Klagberechtigten

---

1) Bair., hannövr., sächs., bad., östr. GB. In Sachsen wird der gegentheilige Satz angenommen. Weiß S. 312 (mit einer Modifik. bei Entführung und Ehebruch. s. indessen N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 131. u. Held u. Siebdrat S. 137. vgl. Wächter Abh. I. 345—354). Neuer Entw. Art. 100. Auch in Hannover bewirkt die überhaupt auch nach erhobener Klage dem schuldigen Ehegatten gewährte ausdrückliche Verzeihung den Wegfall der Untersuchung und Bestrafung im Ganzen. Ebenso in Oestr. u. Baden; nur, wenn das Straferk. schon gefällt ist, wirkt die Verzeihung nicht auch auf den Mitschuldigen.

2) Hufnagel I. 333. 334. s. dag. Breidenbach I. 1. S. 668. 669 (indessen sehr oberflächlich). Beseler S. 206 (wenigstens in Bez. auf Injurien). Mot. z. sächs. Entw. Art. 100. Bair. Nov. 12. April 1814.

3) Schwarze im N. Arch. 1843. Beil.H. S. 67. 68. Mot. z. bair. Entw. Großentheils willführlich sind die von Zachariä im N. Arch. 1847. S. 405—408 auf den Grund seiner beliebig aufgestellten Eintheilung der fraglichen Delikte gemachten Unterscheidungen, die auch von keiner der neueren Gesetzgebungen gebilligt sind. s. zwar preuß. Rev. 1845, vgl. aber die Ausführung b. Goldtammer I. 390.

4) Preuß. GB. §. 51. 162. Thüring. GB. Art. 70. j. 193. Hufnagel I. 684. III. 652. Zachariä a. a. O. S. 408. Schwarze a. a. O. S. 67. n. 87. Eigenthümliche Schwierigkeiten ergeben sich beim doppelten Ehebruch. s. u.

5) Hufnagel I. 681. 682.

6) Davon scheinen Breidenbach I. 1. S. 668. 669, Beseler S. 206 ꝛc. nichts zu ahnen. Hufnagel hat darüber nacheinander verschiedene Ansichten aufgestellt. I. 679—682. III. 192—194. 652—654. Strafgb. m. Anm. S. 136. nr. 6—8.

handelt. a) Dieſer kann im Rechtsirrthum nur gegen Einen klagen, während er gegen Andre keine Unterſuchung eröffnet haben will; ebenſo gegen Einen verzichten, nachdem er gegen Mehrere geklagt hat. Unfehlbar iſt es Sache des Richters oder des Staatsanwalts, wenn ein ſolcher Irrthum zu vermuthen iſt, den Verletzten auf das Geſetz aufmerkſam zu machen und eine dieſem entſprechende Erklärung zu fordern [1]). Wenn nun aber derſelbe auf ſeiner dem Geſetz widerſprechenden Erklärung beharrt, was ſoll geſchehen? Nach dem Wortlaut der geſetzlichen Beſtimmungen muß die Klage gleichwohl als gegen Alle angeſtellt [2]), resp. der Verzicht als zu Gunſten Aller vorgebracht [3]) gelten [4]). b) Geſetzt nun aber, der Verletzte habe im Rechtsirrthum geklagt, resp. verzichtet, ohne daß man darauf aufmerkſam wurde, und es ſtelle ſich hinterher ſein Irrthum heraus, ſo kann man nicht ſagen [5]), dieſer Irrthum ſei als Rechtsirrthum nicht zu beachten und es ſei daher nach dem Buchſtaben des Geſetzes zu verfahren. Vielmehr darf hier allerdings der Richter eine erweislich irrige Willenserklärung nicht befolgen [6]). Stellt ſich alſo nachträglich heraus, daß der Kläger, wenn er das Geſetz gekannt hätte, dem einen oder andern Theilnehmer am Delikt zuliebe gar nicht geklagt haben würde, ſo iſt ſofort das ganze Verfahren abzubrechen. Ebenſo, wenn er auch jetzt auf einer getheilten Erklärung beharren ſollte [7]), — hier jedoch nur dann, wenn die Friſt für den Verzicht noch nicht abgelaufen iſt; wäre dieſe ſchon abgelaufen, ſo iſt ſeine nachträgliche Erklärung als eine dem Geſetz widerſprechende nicht zu beachten und nach dem klaren Wortlaut des Geſetzes das Verfahren gegen alle Theilnehmer fortzuſetzen (wie zu a). Hat dagegen umgekehrt der Kläger die erhobene Klage nur gegen Einen zurückgenommen, während er die Abſicht hatte, ſie gegen die Uebrigen beſtehen zu laſſen, ſo wird ſein Irrthum ſich auf der Stelle aufklären, da nach dem Geſetz ſofort das ganze Verfahren abgebrochen werden muß; er muß alſo ſogleich entweder den iſolirten Verzicht zurücknehmen, oder die ganze Klage zurücknehmen. Würde er auf der getheilten Erklärung beharren, ſo wäre (wie ad a) das ganze Verfahren wegen

---

1) Hufnagel I. 679. III. 653 unten. Nach dem Buchſtaben der betr. geſetzlichen Beſtimmungen iſt es freilich nicht nöthig, umſomehr aber nach dem Geiſte des ganzen Inſtituts.

2) Wirt. GB. Art. 136. Heſſ. Art. 56. Braunſchw. §. 246, 1. Thüring. Strafpr.O. Art. 47, 2, und ganz beſonders Preuß. GB. §. 51. Der bair. Entw. Art. 67, 2 läßt hier den Richter rathlos!

3) Hier ſtimmt der bair. Entw. mit den übrigen Gbüchern (wirt., heſſ. a. a. O. braunſchw. §. 247, 1. thüring. Strafpr.O. Art. 97, 4) überein, wogegen das preuß. GB. ſich nicht beſtimmt ausſpricht (Goldtammer I. 443 nimmt aber hier die Regel der Untheilbarkeit an, außer in den Fällen der §. 160. 189. 343. vgl. §. 140). Auch das braunſchw. GB. ſcheint hinſ. des Straferlaſſes bei Injurien §. 247, 4 Theilbarkeit des Verzichts anzunehmen.

4) A. M. Hufnagel III. 192. 193 (gegen I. 679. 680), welcher meint, es ſei ſolchen Falls die Klage, resp. der Verzicht als unſtatthaft zurückzuweiſen. Auch ſprechen hiefür gute Gründe, woraus indeſſen nur eben der zweifelhafte Werth der ganzen Vorſchrift erhellt.

5) ſo Hufnagel I. 680.

6) Inſoweit hat Hufnagel III. 193 Recht. arg. l. 15 D. de jurisdict. (2. 1).

7) Denn hier tritt der 2te Satz des Wirt. Art. 136. Heſſ. Art. 56 ꝛc. ein, sc. daß auf eine erhobene Anklage zu Gunſten Eines Theilnehmers verzichtet wird, der Verzicht aber auf die übrigen mitwirkt.

Verzichts abzubrechen [1]). c) Nach dem wirtemb. GB. kann noch eine weitere Verwicklung infolge der Zuläßigkeit außergerichtlicher Verzichte entstehen [2]). Der Verletzte kann eine Klage gegen A erheben, infolge deren auch B. C vor Gericht gezogen werden, es zeigt sich aber nun, daß er gegen diese vor oder nach erhobener Klage außergerichtlich verzichtet hat. In beiden Fällen muß der Verzicht wirken, im ersten deshalb, weil B und C ein Recht erworben haben, nicht verklagt werden zu dürfen, mithin die Erhebung der Klage in Gemäßheit des Art. 136 unstatthaft ist [3]), im zweiten einfach nach dem Wortlaut dieses Art. Dasselbe muß aber auch in dem Fall behauptet werden, wenn die Untersuchung gegen A schon soweit vorgeschritten war, daß nach Art. 135 kein Verzicht mehr zuläßig erschien, — jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Verzicht gegen B und C vor diesem Zeitpunkt erfolgt ist. In diesem Fall war entweder, wie vorhin, schon die Klage unstatthaft (mithin auch das darauf gefolgte Verfahren gesetzlich ungiltig) oder es trat der Art. 136 Satz 2 ein. Erfolgte dagegen der Verzicht gegen B und C erst, nachdem gegen A ein Verzicht nicht mehr zuläßig war, so konnten B und C keine Rechte aus einer nach Art. 136, Satz 1 ungiltigen Handlung erwerben; das Verfahren ist also gegen Alle fortzusetzen [4]). — d) Besondere Schwierigkeiten entstehen ferner in einem Falle, wo zwei Klagberechtigte kollidiren, — beim doppelten Ehebruch [5]). Ganz einfach sind natürlich die Fälle, wenn beide unschuldigen Gatten gegen beide schuldigen klagen oder nicht klagen. Haben beide ihren schuldigen Gatten verziehen, so ist auch ihre Klage gegen die Mitschuldigen unstatthaft. Klagen beide gegen ihre schuldigen Gatten, so müssen diese beiden nach einigen Gbüchern [6]) gestraft werden, während nach andern auch die den Mitschuldigen ertheilte Verzeihung die Klage unwirksam macht [7]). Wie nun aber, wenn von den unschuldigen Gatten der eine klagt, der andre dagegen nicht klagt oder die Klage wieder zurücknimmt? Mehrere Gesetzgebungen lassen sich auf die Frage gar nicht ein, wie die von Oestreich, Baiern, Hannover, Wirtem-

---

1) Hiernach ist die spätere Ansicht von Hufnagel III. 193 durchaus irrig; die frühere I. 680 kommt theilweise auf das richtige Resultat, aber aus unstichhaltigen Gründen. Noch kann übrigens die Frage aufgeworfen werden: wie ist es zu halten, wenn der Kläger gegenüber von einem, resp. allen bisher bekannten Theilnehmern verzichtet hat, und es wird ihm nunmehr erst außergerichtlich ein weiterer Theilnehmer bekannt, und zwar ein solcher, von dem er erklärt, daß, wenn er von ihm früher Kunde gehabt hätte, er niemals die Klage zurückgenommen haben würde?

2) Dasselbe wäre nach dem öst. GB. der Fall, wenn es eine dem Art. 136 entsprechende Bestimmung hätte. Fast allgemein kommt es beim Ehebruch vor, ist hier aber überall ausdrücklich gesetzlich entschieden.

3) Ebenso Hufnagel I. 680. 681. III. 193. 194.

4) Hiernach sind beide Entscheidungen von Hufnagel a. a. O., der die Fälle sich nicht klar gemacht hat, unrichtig.

5) s. auch Wächter Abh. I. 346. 347. 352.

6) Preuß. GB. §. 140. Hannövr. Art. 259 (s. aber Art. 258, wo von Verzeihung schlechthin die Rede ist!). Bad. §. 351 (s. aber §. 352, gerade das Umgekehrte der hannövr. Bestimmung). vgl. Sächs. Ges. 8. Febr. 1834. Art. 23. nr. 4. Wächter Abh. I. 352.

7) Wirt. GB. (zwar nicht nach Art. 306, dagegen nach der allgemeinen Auffassung des Verzichts s. Anm. 6). Ganz allgemein von Verzeihung reden das sächs. GB. Art. 215. A. M. v. Hartitzsch S. 344. Hess. Art. 327. Thüring. Art. 206. Oestr. §. 503. vgl. Hannövr. GB. Art. 258.

berg, Heſſen. Ziemlich unklar war ſie in dem ſächſ. Geſ. 8. Febr. 1834. Art. 23, 4 entſchieden [1]). Daher entſtanden ſehr verſchiedene Anſichten über die Behandlung des Falls: Nach der einen [2]) ſoll hier gar nicht geſtraft werden können, weil die Verzeihung des einen unſchuldigen Gatten auch auf den Mitſchuldigen wirken müſſe, und nach dem Grundſatz in dub. in mitius die Verzeihung mehr gelten müſſe, als die Klage des andern unſchuldigen Gatten [3]). Nach einer andern ſollen beide Schuldigen geſtraft werden, weil in pari causa das Recht zu klagen das ſtärkere ſei [4]). Nach einer dritten ſoll der durch Verzeihung ſeines Gatten gedeckte Schuldige ſtraflos gelaſſen und nur der Gatte des Klagenden beſtraft werden [5]). Alle dieſe Anſichten ſind unrichtig, die zweite wenigſtens in der Begründung. Die erſte wendet den Grundſatz: in dubio etc. auf eine ganz ungehörige Weiſe an, da er höchſtens gebraucht werden könnte, wenn es ſich davon handelte, ob Klage oder Verzicht von Seiten deſſelben Klagberechtigten den Vorzug haben ſolle [6]). Die dritte iſt ganz und gar falſch; ſie ſtößt den im Art. 136 des wirt., 56 des heſſ. Gbs ꝛc. ausgeſprochenen Grundſatz geradezu über den Haufen. Aus der Beſtimmung über die Verzeihung des unſchuldigen Gatten (Wirt. Art. 306. Heſſen 327 ꝛc. ꝛc.) folgt nur, daß der durch Verzeihung Gedeckte von ſeinem Gatten nicht mehr verklagt (oder durch Klage gegen den Mitſchuldigen in Unterſuchung verwickelt) werden darf, nicht aber, daß deshalb auch für den andern unſchuldigen Gatten die Sache als abgemacht erſcheinen müßte [7]). Es iſt daher nur die zweite Anſicht [8]) richtig, aber nicht deshalb, weil in pari causa das Klagerecht das ſtärkere wäre. Im Gegentheil müßte gegenüber dieſer Begründung die erſte den Vorzug erhalten. Es fragt ſich nicht: ſoll dieſer Ehebruch überhaupt beſtraft werden? und gilt hier mehr die Klage des A oder die Verzeihung des B? Sondern es ſind hier nach der Auffaſſung der neuen Gbücher zwei Verbrechen vorhanden, eines gegen den A und eines gegen den B. Das gegen den B iſt nun allerdings durch Verzeihung getilgt. Allein die Einwendung, daß B verziehen habe, berührt das Klagerecht des A durchaus nicht. Dieſer könnte mit ſeiner Klage nur dann abgewieſen werden, wenn ihm nachzuweiſen wäre, daß er einem der Mitſchuldigen verziehen habe [9]). e) Endlich ent-

---

1) Die Auslegung von Wächter Abh. I. 346. 347. 352 entſpricht dem Geſetze nicht ganz.

2) Hufnagel I. 683.

3) Dieſen letzten Grund läßt Wächter S. 346. 347 in ſeiner Widerlegung unberührt, daher ſie nicht ausreicht.

4) Hufnagel I. 335. 682 (OTrib. früher).

5) Hufnagel I. 682—684. II. 270. 542 (OTrib. ſpäter). Auch H. hat mit dem OTrib. ſeine Anſicht gewechſelt, iſt aber ſpäter abermals andrer Anſicht geworden (und mit Recht). Strafgb. m. Anm. S. 136. not. 4.

6) Gleichwohl liegt dieſe Anſicht dem preuß. GB. §. 140, 1 zu Grunde.

7) Dennoch hat dieſe Anſicht in Braunſchw. Geſetzeskraft erhalten §. 188, 3.

8) Dieſer pflichtet auch Wächter a. a. O. bei. Mit Unrecht will er aber hier die Strafe des doppelten Ehebruchs, wenn auch gemildert, angewandt wiſſen. Nach dem im Text Ausgef. liegt hier für das Gericht nur ein einfacher Ehebruch vor, da der andere Theil des doppelten durch Verzeihung aufgehoben iſt. Daher hat Stübel in ſeinem Entw. §. 651 ganz Recht.

9) Die richtige Anſicht iſt aufgenommen im ſächſ. GB. Art. 215, 1, bad. §. 350, thüring. Art. 206.

ſteht die wichtige Frage, wie ſich die fragliche Beſtimmung zu den Fällen verhalte, wo neben einem Theilnehmer, gegen welchen vermöge ſeiner perſönlichen Verhältniſſe zum Verletzten nur auf Klage eingeſchritten werden darf, andre Theilnehmer ſtehen, die ſich nicht in ſolchen Verhältniſſen befinden (wie namentlich beim Familiendiebſtahl). Nach der richtigen Anſicht (§. 93. Anm. 4. §. 99. Anm. 4 a. E.) iſt hier gegen die letzteren unabhängig von dem Klage- und Verzichtsrecht des Verletzten ex officio [1]) einzuſchreiten, gleichviel von welcher Art der Theilnahme es ſich handelt. Nach der herrſchenden Anſicht iſt wohl anzunehmen, daß in Beziehung auf Urheber, Anſtifter und Miturheber die Meiſten das Richtige anerkennen werden. Dagegen müſſen alle, welche der Beihilfe (resp. Begünſtigung) eine ſchlechthin acceſſoriſche Natur zuſchreiben [2]), bei dieſer andrer Anſicht ſein, d. h. ſie müſſen, wenn der Gehilfe ein Fremder iſt, auch dieſen unter die Bedingung von Klage und Verzicht ſtellen, dagegen, wenn der Urheber ein Fremder und der Gehilfe ein Naheſtehender iſt, auch gegen dieſen ex off. verfahren laſſen [3]). Auch die neuen Gbücher ſind in dieſem Punkte größtentheils mangelhaft. Es iſt zunächſt klar, daß die betr. Frage ſich je nach der Auffaſſung der Lehre von der generellen und ſpeziellen Theilnahme entſcheiden muß. Allein theils fehlt es manchmal an einer Beſtimmung über jene Lehre überhaupt [4]) oder wenigſtens einer richtigen [5]) oder erſchöpfenden [6]), theils wird, wo dies nicht der Fall iſt, jene Konſequenz verkannt [7]). Nach wirt. GB. Art. 74. 87 mußte für Anſtiftung und Miturheberſchaft die richtige, für Beihilfe die vorgedachte falſche Entſcheidung gegeben werden [8]). Wie aber die abſtrakte Durchführung der acceſſoriſchen Eigenſchaft der Beihilfe überhaupt zu den fatalſten Verwirrungen führt, ſo auch hier, z. B. in dem Fall, wenn ein Hausſohn und Dienſtknecht als Miturheber ſtehlen und einen extraneus zum Gehilfen haben [9]). Die gleiche Entſcheidung ſcheint gemäß der Auffaſſung jener Vorfrage nach dem heſſ. GB. gegeben werden zu müſſen [10]) (?). Daſſelbe ſchiene nach dem bad. §. 119 j. 136.

---

1) Zachariä im N. Arch. 1847. S. 406. 407, der jedoch es für legislativ richtiger hält, die extranei, wenn ſie bloß Gehilfen od. Begünſtiger ſeien, nur auf Klage beſtrafen zu laſſen. Ebenſo der ſächſ. Entw. Art. 100, 2. vgl. die Mot. Die Frage wird meiſt mit Stillſchweigen übergangen, ſelbſt in Monographieen über die Theilnahme am Verbrechen, wie von Berner, F. Roßhirt N. Arch. 1851. 1852 ꝛc.

2) wie Konopak, Bauer, Luden, Kitka, Berner u. A.

3) Wieder ein Beweis der inneren Verkehrtheit jener Anſicht.

4) Wie im heſſ. u. hannövr. GB.

5) So im öſtr., preuß., relativ im wirt., bad.

6) Wie im bair., ſächſ., thüring. GB.

7) ſo im braunſchw. GB. u. bair. Entw.

8) Hufnagel I. 180. Note. II. 446. III. 450 (hier iſt zu allgemein von Theilnehmern überhaupt die Rede, während in der erſtangef. Stelle richtig angegeben iſt, daß die Beſtimmung nicht im Art. 136 liege, daher ſie nur aus dem Art. 87 folgen kann, der ſich anerkanntermaßen nur auf Gehilfen u. Begünſtiger bezieht. vgl. I. 622. II. 446. Note. ſ. auch Strafgb. m. Anm. S. 494. — Ebenſo nach dem ſächſ. Entw. — Nach Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 16 iſt indeſſen für Wirt. die Frage eine offene.

9) Nach dem ſächſ. Entw. Art. 100. j. 54 (vgl. Mot. z. Art. 100) wäre hier gegen den fremden Gehilfen ex off. einzuſchreiten.

10) Wenigſtens nach Breidenbach's Auslegung, die jedoch keinen ſichern Halt giebt. Ganz willkührlich und verworren iſt I. 2. S. 259. 260. Das GB. ſelbſt hat

137. die Konſequenz zu fordern [1]). Allein das GB. entſcheidet den fraglichen Fall für fremde Theilnehmer überhaupt dahin, daß auch gegen ſie in den Fällen der §. 389—391 nur auf Anzeige eingeſchritten werden ſoll, wobei es jedoch dem Anzeigeberechtigten bei §. 389. 390 freigeſtellt iſt, den Antrag gegen die fremden Theilnehmer allein zu richten [2]). Keinen irgend zuverläßigen Anhalt geben dagegen das bair. und hannövr. [3]) GB.; doch iſt in Baiern durch die Nov. 12. Apr. 1814 feſtgeſetzt worden, daß auch gegen einen fremden Theilnehmer an einem Familiendiebſtahl nicht ex off. eingeſchritten werden könne [4]). Das braunſchw. GB. enthält zwar über die generelle und ſpezielle Theilnahme ganz das Richtige (§. 54), entſcheidet dagegen die vorliegende Frage ebenſo wie das badiſche [5]). In Sachſen fehlen geſetzliche Beſtimmungen. Es ſcheint jedoch die Praxis bei gleicher Theilnahme Verfahren ex off. gegen den fremden Theilnehmer anzunehmen, bei ungleicher dagegen es dem Verletzten freizuſtellen, ob er gegen den extraneus klagen wolle oder nicht, gleichviel ob er dem Urheber verzeihe oder nicht verzeihe [6]). Im öſtr. GB. herrſcht hinſichtlich der Vorfrage ziemliche Verwirrung; über die vorliegende Frage iſt keine eigene Beſtimmung gegeben; dagegen läßt ſich aus §. 5, 2 die richtige Entſcheidung derſelben folgern. Ausdrücklich iſt dieſe gegeben im preuß. GB. §. 228. 229 [7]), und noch deutlicher in der thüring. Strafproz.O. Art. 50.

---

jedoch keine dem wirt. Art. 87 entſprechende Beſtimmung, und weist beim Fam.-Diebſtahl daher auch auf keine ſolche zurück, wie der wirt. Art. 339. Da man nun beim heſſ. Art. 56 ſowenig als beim wirt. Art. 136 (Hufn. I. 180. Note) an fremde Theilnehmer dachte, ſo ließe ſich wohl mit mehrerem Rechte für Heſſen die richtige Anſicht als die zu befolgende behaupten.

1) Freilich iſt in Bez. auf gem. u. ſpez. Theilnahme in dieſem GB. überhaupt wenig Konſequenz.

2) §. 392. 393. Thilo S. 338. Ob die Anzeige gegen einzelne zurückgenommen werden könne oder gegen alle zugleich zurückgenommen werden müſſe, ſagt der §. 394 wenigſtens nicht mit Beſtimmtheit. Doch ſcheint das Letztere im Sinne deſſelben zu liegen.

3) Leonhardt I. 243. n. 8. 293. n. 1.

4) vgl. Geſ. 25. März 1816. Art. 12. Schmidtlein Jahrb. III. 173 f. Blätt. f. Rechtsanwend. 1839. nr. 14.

5) §. 246. 247, 1. Daß die Anzeige nur gegen alle zugleich zurückgenommen werden könne, iſt hier ausdrücklich geſagt. Breym. S. 321.

6) N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 128—132. Weiß S. 200. 311. 312 (unklar und widerſprechend). Jedenfalls hat der neue Entw. dieſe Unterſcheidung aufgenommen. Mot. z. Art. 100.

7) vgl. Beſeler S. 436—439. Goldtammer Archiv I. 73. 74. Unrichtige Bem. gegen das OTrib. b. Temme Gloſſen S. 126.

Dritter Theil.

Die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

---

§. 132. [§. 132.]

Die Strafe als die unmittelbare Wiederaufhebung des Verbrechens an dem Willen selbst, durch den es gesetzt ist, hat die Tilgung der verbrecherischen Schuld durch die Verwirklichung der objektiven Genugthuung zum Zweck und daher die Wiedervergeltung nach dem gerechten Maße zum Prinzip (§. 114—123). Ihren Begriff in seiner organischen Totalität zu realisiren, ist die Aufgabe des Staats. Wie nun der Begriff des Verbrechens selbst sich in bestimmte Arten auseinanderlegt (§. 31), innerhalb deren erst das konkrete Verbrechen als individuelle Einzelheit wirklich werden kann, so muß auch der Begriff der Strafe zu bestimmten Arten sich besondern (§. 124. 125), und sofort innerhalb der bestimmten Art erst für das konkrete Verbrechen die konkrete Strafe ermittelt werden. Handelt es sich aber hiebei um wesentlich unterschiedene Funktionen, so werden auch im Staate diese Funktionen an verschiedene Gewalten sich vertheilen müssen. Und zwar muß a) zunächst die gesetzgebende Gewalt die Normen über Verbrechen und Strafen überhaupt, über ihre Arten und die Grundsätze festsetzen, nach welchen die konkrete Strafe für das konkrete Verbrechen zu ermitteln ist. b) Diese Normen hat die richterliche Gewalt in der unendlichen Mannigfaltigkeit des Lebens durchzuführen. Da nun aber das Verhältniß dieser beiden Gewalten ein solches ist, daß die zweite, obgleich zu relativ freier Selbstbestimmung berechtigt, gleichwohl durch die von der ersten gesetzten Schranken schlechthin gebunden erscheint, während andrerseits die Natur der gesetzgebenden Gewalt die Abstraktheit ihrer Normen nothwendig mit sich bringt, so entsteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abstrakte Verwirklichung des Gesetzes zu einem Widerspruch mit seinem Zwecke führen würde, die Nothwendigkeit, eine solche Antinomie zu lösen, was nur durch die Centralgewalt (mittelst der Begnadigung) geschehen kann. N. Rev. §. 209. 215. 218.

Erſtes Kapitel.

Die Strafgeſetzgebung.

§. 133.

Die geſetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, die Begriffe des Verbrechens und der Strafe in ihre Arten zu beſondern und für jede Verbrechensart die entſprechende Strafart feſtzuſetzen. Die Möglichkeit hievon liegt in dem Begriffe der Strafe als der Wiederaufhebung des verbrecheriſchen Willens in demſelbem Umfang und derſelben Intenſität, worin er im Verbrechen den allgemeinen Willen aufgehoben hat. Hiernach ſind nämlich Verbrechen und Strafe homogene Größen und jedes Verbrechen trägt die Maßbeſtimmtheit ſeiner Strafe in ſich ſelbſt. In jedem Verbrechen iſt die Schuld das Produkt aus der objektiven Größe des verletzten Rechts und der Verletzung auf der einen, und aus dem Grade, in welchem dies Objektive im Wiſſen und Willen des Handelnden geſetzt war, auf der andern Seite. Die objektive Größe eines Verbrechens iſt aber nichts Andres, als der Grad, in welchem der (allgemeine) Wille in einem ſeiner Gebiete verletzt iſt; daher iſt es möglich, dafür eine gemäße Strafe d. h. eine entſprechende Verletzung des (Einzel-) Willens in einem ſeiner Gebiete feſtzuſetzen. Zugleich iſt jedoch das Verbrechen eine ſubjektive Größe, und gerade ſeine Subjektivität macht ſeine ſpezifiſche Beſtimmtheit gegenüber dem weſentlich nur durch den Werth des verletzten Objekts beſtimmten Civilunrechte aus. Wenn nun hieraus erhellt, daß die Strafe nach beiden Momenten ſich beſtimmen, dabei aber das letztere als das überwiegende hervortreten muß, ſo ergiebt ſich zugleich, daß die Gleichheit des Verbrechens und der Strafe eine ſpezifiſche Gleichheit in Beziehung auf das Objektive der Verletzung weder zu ſein braucht, noch ſein darf. Vielmehr handelt es ſich um die Gleichheit der Verletzung in beiden Sphären hinſichtlich ihrer Reflexion in den Willen, wobei die objektive Seite des Verbrechens zum untergeordneten Momente wird. Die Sache der Geſetzgebung iſt es denn eben, den hiernach ebenſo möglichen als nothwendigen Parallelismus der Verbrechens- und Strafarten feſtzuſtellen. N. Rev. §. 210.

1) Die Forderung eines gerechten Parallelismus der Arten des Verbrechens und der Strafe, ſowie des konkreten Verbrechens und der konkreten Strafe iſt eine allgemeine, jedoch faſt durchgängig gar nicht begründete, wie ſie denn auch von keinem Syſtem, als dem hier zu Grund gelegten aus begründet werden kann. Und doch ſteht alle kriminaliſtiſche Gerechtigkeit geradezu in der Luft, ſolange man

nicht nachweist, daß und warum und inwiefern Verbrechen und Strafe homogene Größen [1]) sind!

2) Statt dessen ergeht man sich in Betrachtungen über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Strafgesetzgebung [2]), welche heutzutage als müßig erscheinen, da Jedermann davon überzeugt und der falsche Gedanke, den Feuerbach hineinlegte, als in der Wissenschaft längst überwunden anzusehen ist [3]), — oder pflegt man auch sich in müßigen Eintheilungen der Strafgesetze in Strafgesetze im weitern und im e. S. zu ergehen [4]), wobei man denn darüber streitet, ob das Strafgesetz im e. S. aus Einem oder aus zwei Theilen bestehe, d. h. ob auch das Gebot oder Verbot der fraglichen Handlung dazu gehöre oder nicht [5]). Die richtige Antwort ist, daß dies bei Polizeistrafgesetzen schlechthin zu bejahen ist, nicht aber bei eigentlich-peinlichen, weil nur bei jenen mit der Strafsatzung das Verbot selbst erzeugt wird.

§. 134.

In der Natur des Gesetzes liegt die Allgemeinheit nicht nur in dem Sinne, daß es für alle in demselben enthaltenen Fälle die schlechthin giltige Norm der Entscheidung bildet, sondern auch in dem, daß es überhaupt eine allgemeine Norm für unbestimmbar viele, mannigfaltige, daher auch im Einzelnen vielfach unter einander verschiedene Fälle ist und sein soll. Handelt es sich nun um eine Gesetzgebung über das ganze Strafgebiet, so erhebt sich die Forderung erschöpfender Vollständigkeit, d. h. daß kein Fall ohne gesetzliche Bestimmung bleibe. Die abstrakte Konsequenz hievon wäre die gesetzliche Normirung aller nur möglichen einzelnen Fälle. Abgesehen aber davon, daß bei der unendlichen Mannigfaltigkeit des Lebens diese Aufgabe sich schlechthin als unerfüllbar zeigen müßte, würde das Streben nach ihrer Lösung zur Kasuistik, d. h. zum Widerspruch mit dem so eben angegebenen Wesen des Gesetzes, ja zum Widerspruch mit sich selbst führen, da das Gesetz, je kasuistischer es wird, um so mehr Fälle unentschieden lassen muß. Bleibt nun aber das Gesetz seinem Wesen treu, während es gleichwohl der Forderung der Vollständigkeit nachkommen will, so geräth es in die entgegengesetzte Gefahr, die der Unbestimmtheit, da es, um auch ungewöhnliche Fälle mit zu treffen, möglichst weit werden,

---

1) Wie man denn nicht über die Vorstellung der Strafe als eines sinnlichen Uebels hinauskommt. s. z. B. Feuerbach §. 73. Bauer Abh. I. 122.

2) Auch wieder Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 1—3. Verkehrte Ansichten s. bei Temme Glossen S. 12. 13.

3) s. hierüber Schröter I. 56—58. Was allein hiebei praktisch erscheint, ist theils schon oben (bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht und bei der Lehre von der analogischen Anwendung der Gesetze) vorgekommen, theils wird es hiernächst im 2. Kap. vorkommen.

4) Bauer Abh. I. 222—224. Abegg §. 56 u. f. f.

5) Dafür sind z. B. Salchow Darst. I. §. 6. Abegg §. 62. Hefftter §. 19 u. A., dagegen Bauer a. a. O. Schröter S. 57. n. 1.

d. h. die richterliche Gewalt an ſeine Stelle ſetzen muß. Sollen daher beide Nachtheile vermieden bleiben, ſo muß das Geſetz den Mittelweg einſchlagen [1]). Eben damit wird aber nicht allein die Ergänzung durch Analogie (§. 25), ſondern auch für die ungewöhnlichen Fälle die Geſtattung des richterlichen Strafänderungsrechts, und für die Fälle §. 132. c. die Begnadigung nothwendig [2]).

Zweites Kapitel.

Die Strafrechtspflege.

§. 135.

Die Strafrechtspflege, als ein Zweig der Staatsverwaltung überhaupt ſteht zur Geſetzgebung in dem Verhältniſſe, worin überhaupt die vollziehende Gewalt zur geſetzgebenden ſich befindet, d. h. ſie hat a) die Aufgabe, ſich vom Geſetze als ihrer abſoluten Norm beſtimmen zu laſſen, andrerſeits aber auch b) nicht ſelbſtloſe Maſchine zu ſein, woraus c) als ihre konkrete Beſtimmung die hervorgeht, als freie Selbſtbeſtimmung innerhalb des Geſetzes ſich zu bewegen und deſſen Geiſt lebendig zu machen. N. Rev. §. 211 [3]).

A) Das Geſetz als abſolute Schranke.

§. 136.

Durch die allgemeine Norm des Geſetzes iſt die richterliche Gewalt in der Art ſchlechthin gebunden, daß ſie nicht die Befugniß hat, dieſelbe zu ſchmälern oder zu erweitern. Insbeſondere hat ſie daher 1) die Anwendung des Geſetzes nicht erſt von einer Prüfung ſeiner materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig zu machen; 2) muß jedes richterliche Urtheil als bloßes Medium der Anwendung des Geſetzes durch geſetzliche Gründe beſtimmt ſein, woraus folgt, daß dem Richter kein Begnadigungsrecht, kein Recht, mit dem Verbrecher einen Vergleich zu ſchließen, kein Recht, ohne Erlaubniß des Geſetzes die geſetzliche

---

1) L. 10 D. de legib. (1. 3).

2) Gewöhnlich werden dieſe Punkte nicht oder nur theilweiſe und beiläufig (bei der Begnadigung, bei der Lehre vom richterlichen Ermeſſen ꝛc.) berührt, weshalb es ſcheinen könnte, als ob man ſie um ihrer Selbſtverſtändlichkeit willen als bekannt vorausſetze. Daß dem aber keineswegs ſo ſei, das zeigt die Unſicherheit der modernen Geſetzgebung, die noch ſo oft in den einen oder den andern Fehler verfällt, ſowie die auch in der Doktrin noch ſo vielfach fortwirkende überſpannte Feuerbachiſche Vorſtellung von der Leiſtungsfähigkeit der Geſetzgebung in Strafſachen (§. 25).

3) Wirth Ethik II. 203. 204.

Strafe zu ändern, und kein Recht, bei arbiträren Strafen eine andre als eine der gesetzlich anerkannten Strafarten anzuwenden, zusteht. 3) Gleichwie der Richter von der Anwendung des Gesetzes keinen darunter gehörigen Fall willkührlich ausschließen darf, so darf er dasselbe auch ebensowenig anwenden, wo es an einem wesentlichen Erfordernisse des Thatbestands oder an zureichendem Beweise des Verbrechens mangelt. N. Rev. §. 212 [1]).

1) Mit dem unter 1) Gesagten [2]) ist nicht die ganz andre Frage zu verwechseln, ob der Richter befugt sei, die formelle Giltigkeit eines Gesetzes zu prüfen und, wenn er sie verneinen muß, das Gesetz (die Verordnung, Instruktion ꝛc.) als nichtexistirend zu behandeln, — eine Frage, die mit besonderm Nachdruck gerade in Beziehung auf das Strafrecht bejaht werden muß [3]).

2) Vieles, was zu 2) erörtert zu werden pflegt, gehört nicht hierher, sondern in den Strafprozeß, wie die Unzuläßigkeit der Kabinetsjustiz ꝛc. [4]). Der Satz selbst wird in der Regel in der gemeinrechtlichen Doktrin zugegeben, aber sehr häufig bei der Anwendung außer Augen gesetzt oder geradezu verläugnet [5]), wozu der Grund freilich nur in dem traurigen Zustand des gesetzlich verwahrlosten gem. Rechts lag [6]). Heutzutage ist man allgemein darüber einverstanden, daß eine Gesetzgebung, wo sich Lücken finden, schlechthin nur aus sich selbst ergänzt werden darf. Eben deshalb ist es aber gefährlich, daß die neueren Gbücher die Analogie theils ausschließen, theils mehr oder weniger beschränken (§. 25), weil sie dadurch ihre eigene organische Fortbildung verhindern. — Was die zu 2) angef. Konsequenzen betrifft, so nahmen Aeltere allerdings, namentlich bei geringeren Vergehen, ein Begnadigungsrecht des Richters, sowie ein Abfindungsrecht desselben mit dem Angeschuldigten an, was aber jetzt allgemein verworfen ist [7]).

---

1) Wächter Lb. I. §. 111—113. Bauer Abh. I. 186—188. Marezoll S. 160—164. Hefftter §. 145—152.

2) Feuerbach §. 74. vgl. Dist. 4. c. 3. l. 1 §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). P.G.O. Art. 104. 105.

3) Gegen die verwerfliche entgegengesetzte Ansicht von Linde s. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 26—30 und die dort Angeff., bes. Martin, und jetzt wieder Temme Glossen S. 13. 14. A. M. das sächs. O.A.G. in den N. Jahrb. VII. 103. u. die preuß. Verf. 1850. Art. 106.

4) Wächter §. 111. not. 55. Besonders Hefftter a. a. O. zieht hier vieles nicht hieher Gehörige herein. Was Wächter n. 54. u. Hefftter §. 145 ausführen, ist auf dem Standpunkt der modernen Gesetzgebungen antiquirt.

5) s. z. B. Carpzov qu. 24. nr. 1. 2. im Vergleich mit seiner ganzen Art und Weise. Tittmann §. 62 u. N. Arch. I. 352 f. Hommel rhaps. quaest. obs. 439. Feuerbach §. 75—78. j. 102 ff. — s. dag. Thibaut Kritik S. 60 f. Henke krim. Vers. S. 43 f. 101 f. Schröter §. 35. Martin §. 58 f. Wächter §. 111. n. 56. Birnbaum N. Arch. XIII. 540 f. Marezoll S. 162. — dag. aber auch wieder Feuerbach §. 102. b. not. 6. vgl. Roßhirt Entw. S. 25 f. 85 f.

6) Das hat man bei den wohlfeilen Angriffen auf Feuerbach gewöhnlich nicht gehörig beachtet. Durch Einmischung in die Frage über das Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht ist die vorliegende, bes. hinsichtlich der Kritik der Ansichten Andrer, verwirrt bei Geib im N. Arch. 1836. S. 204 ff.

7) s. das Nähere bei Wächter §. 112. n. 57. 58.

Ebenſo iſt jetzt allgemein anerkannt, daß der Richter kein unbeſchränktes Strafänderungsrecht [1]) hat, und daß er bei arbiträren Strafen ſich an die geſetzlich zugelaſſenen Strafarten halten muß [2]).

3) [3]) Natürlich darf auch der Richter nur den wirklich Schuldigen ſtrafen, nicht Unſchuldige, — ein Satz, über den wiederum heutzutage Niemand zweifelt [4]).

§. 137.

Eine beſonders wichtige Anwendung findet die Regel der Gebundenheit des Richters an das Geſetz in dem Fall, wo mehrere noch ungetilgte Verbrechen derſelben Perſon behufs gemeinſamer Beſtrafung zuſammentreffen (Verbrechenskonkurrenz). Hier kann, ſofern nicht das Geſetz etwas Andres beſtimmt, der Richter niemals die Befugniß haben, bloß um dieſes Zuſammentreffens willen die eine oder andere der nach dem Geſetz verwirkten Strafen zu erlaſſen oder zu mildern, gleichviel, ob durch Eine Handlung mehrere Verbrechen begangen ſind oder durch verſchiedene Handlungen. Dabei kann freilich abſolut oder relativ rechtliche oder phyſiſche Unvereinbarkeit der verwirkten Strafen eintreten, wodurch aber nur die Nothwendigkeit geſetzt wird, durch Strafverwandlung (ſ. unten) wenigſtens ſoviel als möglich der Forderung des Geſetzes nachzukommen. So wenig jedoch von einem Rechte der Strafmilderung wegen Zuſammenfluſſes die Rede ſein kann, ſo wäre es doch ebenſo falſch, wenn man den Richter zu einer einfachen Zuſammenrechnung der verwirkten verſchiedenen Strafen für verbunden erachten wollte, da er hiedurch gerade gegen das Geſetz verſtoßen würde. Denn in der Natur der Dinge liegt es, daß durch die unmittelbare Verbindung mehrerer (gleichartigen oder ungleichartigen) Strafen die Intenſität derſelben zunimmt. Würden ſie daher einfach zuſammengerechnet, ſo würde der Schuldige um dieſes intenſive Mehr härter geſtraft, als er nach dem Geſetze geſtraft werden ſoll. Daraus folgt, daß der Werth dieſes intenſiven Mehr an der Extenſität der Geſammtſtrafe abgezogen werden muß, um die im wahren Sinne des Gerechtigkeit wollenden Geſetzes liegende Geſammtſumme von Strafe herauszubringen. Da

---

1) Nach Geib a. a. O. S. 213—215 wären Bauer, Salchow, Wächter, Abegg A. M., was aber ganz und gar nicht der Fall iſt. ſ. beſ. Wächter §. 112. n. 59. Die hier berührte Kontroverſe über die Infamie iſt veraltet. Ueber das röm. Recht ſ. unten.

2) Feuerbach §. 78. 142. Schröter §. 35. Wächter n. 60.

3) ſ. Wächter §. 113. n. 62. 63. u. über den a. E. des §. berührten Punkt den Strafprozeß.

4) Ausnahmen kamen im röm. Rechte vor. l. 5 §. 1. 3 C. ad l. Jul. maj. (9. 8). l. un. C. de mulier. quae se prop. serv. (9. 11). l. 4 §. 2 D. de off. procons. (1. 14). ſ. dag. die Regel in l. 22 C. de poen. (9. 47). Eine ſonderbare Uebertreibung des Richtigen findet ſich bei Kleinſchrod II. §. 36. 37.

nun indeſſen hiemit für den Richter die abſolute Grenze geſteckt, gleichwohl aber bei der nothwendigen Beſchränktheit des menſchlichen Daſeins und Beſitzes die Möglichkeit gegeben iſt, daß in vielen Fällen jene Geſammtſumme im Verhältniß zu der durchſchnittlichen Lebensdauer, resp. dem durchſchnittlichen Maß des Beſitzes als allzugroß, ja unerſchwinglich erſcheinen müßte, ſo iſt es die Aufgabe der Geſetzgebung, auf den Grund dieſer allgemeinen, in der Natur liegenden Verhältniſſe hier mit Maßbeſtimmungen einzutreten und nur die ganz ungewöhnlichen Fälle der Begnadigung zu überlaſſen [1]).

§. 138.

Von dem wirklichen Zuſammenfluſſe mehrerer Verbrechen ſind jedoch verſchiedene nicht dazu gehörige Fälle auszuſcheiden. Jener iſt entweder 1) ein idealer (gleichzeitiger), indem durch Eine Handlung entweder a) daſſelbe Strafgeſetz mehrfach übertreten wird, oder b) verſchiedene Strafgeſetze übertreten werden; — oder 2) ein realer (verſchiedenzeitiger), indem entweder a) verſchiedenartige Verbrechen hintereinander begangen werden, oder b) daſſelbe Verbrechen ſucceſſiv wiederholt wird. — Dagegen liegt ein Zuſammenfluß nicht vor, α) wenn dieſelbe Handlung, die eine eigene Verbrechensart bildet, zugleich unter den Thatbeſtand eines Gattungsverbrechens ſubſumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente Eines Thatbeſtands zu betrachten ſind, β) wenn und ſoweit mehrere ideal zuſammentreffenden Verbrechen einen gemeinſchaftlichen Thatbeſtand ihrem Begriff nach haben; γ) im Fall des fortgeſetzten Verbrechens, d. h. der aus Einem Entſchluſſe hervorgehenden ſucceſſiven Wiederholung eines Verbrechens in Beziehung auf ein Objekt, das unabhängig vom Willen des Handelnden für ſich eine objektive Einheit bildet. N. Rev. §. 214.

---

1) Varnbueler D. de concursu delictorum. 1657. Schultz de conc. del. 1692 (1748). Schöpff de conc. delict. 1738. Klein Grundſ. §. 156 f. Savigny de conc. del. 1800. Schröter de conc. delict. 1812. u. Hdb. I. S. 188 ff. Mittermaier im N. Arch. II. 238 ff. Kleinſchrod III. §. 101 ff. Feuerbach §. 126 ff. Tittmann §. 99. 100. Grolman §. 121—125. 175. Oerſted Grundreg. S. 392 f. Henke I. 610 f. Martin §. 64—68. Wächter I. §. 122—124. Wafflaer de concursu delict. 1823. Zehler üb. das Zuſammentreffen der Uebertretungen. 1827. Roßhirt Entwickl. S. 103 ff. Abegg §. 159 ff. Hefftter §. 163 ff. Marezoll S. 193 ff. Sander im N. Arch. 1836. S. 266 ff. 357 ff. Trefurt eb. 1838. S. 415—430. Bauer Abh. II. S. 1—98. v. Rotteck üb. Konkurrenz d. Verbr. 1840. Krug Ueb. d. Konkurrenz der Verbr. 1842. Waſer in d. Zeitſchr. für öſtr. Recht. 1845. S. 1 ff. — Breidenbach I. 2. S. 516 f. Leonhardt I. 445 f. Hye S. 447 f. v. Jagemann im N. Arch. 1849. S. 220 ff. (höchſt unbedeutend). Krug in den N. ſächſ. JB. VII. 1 f. VIII. 119 ff.

1) Noch immer fehlt es in der Wiſſenſchaft mehrfach an einer vollkommen ſichern Beſtimmung des Begriffs der Konkurrenz und ſeines Unterſchieds von ähnlichen Erſcheinungen, die ſorgfältig davon auszuſcheiden ſind, desgleichen an einer erſchöpfend richtigen Aufzählung der Arten des Zuſammenfluſſes, an der ſorgfältigen Auseinanderhaltung der Grundſätze über den Zuſammenfluß der Verbrechen an ſich und über den Zuſammenfluß mehrerer Strafen, resp. die Konkurrenz mehrerer Strafen bei Einem Verbrechen, insbeſondre aber auch an der gehörigen Unterſcheidung der aus dem Zuſammenfluſſe der Verbrechen an ſich für den Richter ſich ergebenden Grundſätze von den an die Geſetzgebung zu machenden Anforderungen [1]). — Zum Begriff des Zuſammenfluſſes gehört: 1) eine Mehrheit von ſelbſtändigen, bewieſenen, noch ungetilgten Verbrechen [2]) 2) derſelben Perſon, 3) welche gemeinſam beſtraft werden ſollen [3]). — Was die Eintheilung betrifft, ſo mögen die ſchulmeiſterlichen Bemerkungen über die Ausdrücke Andern überlaſſen bleiben [4]). Wichtiger iſt, zu bemerken, daß noch mehrere Neuere hierin theils nicht erſchöpfend ſind (namentlich z. B. die ideale Konkurrenz nicht auch wieder in gleich- und verſchiedenartige eintheilen) [5]), theils mehr oder weniger Fälle zur Konkurrenz rechnen, die davon zu trennen ſind, wie das fortgeſetzte Verbrechen ꝛc. [6]), theils mehr oder weniger Fälle davon trennen, während ſie in Wahrheit dazu gehören, wie z. B. wiederholte Verſuche eines Verbrechens [7]), Zuſammentreffen eines doloſen und kulpoſen Delikts in Einer Handlung u. ſ. f. [8]). Einige [9]) ſtellen aber auch eine ganz abweichende Eintheilung auf, indem ſie als

---

1) Gerade der letzte Punkt, der wichtigſte, iſt der von der Doktrin am meiſten verwahrloſte. In der N. Rev. S. 883—887 wurden hierüber Andeutungen gegeben, die an ihrem Werth dadurch nichts verlieren, daß man ſie nicht beachtet hat. ſ. übr. auch Bauer S. 47. 48. u. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 497.

2) ſ. Bauer S. 5—12, wo jedoch unrichtig der Fall des fortgeſetzten Verbrechens zur Konkurrenz gezogen wird.

3) Dies giebt Bauer S. 13. 14 richtig an. Allein, wie er hier einerſeits in bekannter Vorliebe zur formellen Logik ſich in unnöthiges Detail verliert, ſo hat er andrerſeits ſich dadurch abhalten laſſen, die praktiſch ſo wichtige und trotz der Andeutung in der N. Rev. S. 885. n. 2. von der Doktrin faſt ganz verwahrloſte Frage näher zu erörtern, ob nicht die Gerechtigkeit verlange, ganz dieſelben Grundſätze auch dann eintreten zu laſſen, wenn die mehreren Verbrechen in verſchiedenen Erkenntniſſen, resp. von verſchiedenen Gerichten abzuurtheilen ſind (ſ. vorläufig wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35), ja ſogar noch weit über die Sphäre der Konkurrenz hinaus? ſ. unten.

4) Erſchöpfend ſind in dieſer Beziehung Sander S. 268 ff. u. Bauer S. 18 ff. Für überflüſſig halten alle Eintheilung Roßhirt S. 112. Marezoll S. 195. Ueber die Eintheil. ſ. auch Anm. z. bair. GB. I. 251—262.

5) ſo z. B. Feuerbach §. 127. Grolman §. 121. Jarcke I. 320. n. 29. Breidenbach I. 2. S. 518. ſ. eb. 561.

6) ſo Wächter a. a. O. Bauer S. 10. — Feuerbach §. 128. Grolman §. 121. Leonhardt I. 449. n. 11.

7) wie Sander S. 267. Roßhirt S. 113. Krug Konkurrenz S. 21. (?) Breidenbach S. 568. 569.

8) ſo Mittermaier n. 1. z. F. §. 131.

9) Schröter a. a. O., u. nach ihm im Weſentlichen Henke (?). Sonderbarer Weiſe berufen ſich auch Wächter und Martin auf ihn, während ihre Eintheilung doch gerade in der Hauptſache eine ganz andre iſt und nur hinſichtlich des Begriffs des fortgeſ. Verbrechens Uebereinſtimmung ſtattfindet. Unbegreiflich iſt beſ., wie Wächter gerade hinſichtlich der idealen Konkurrenz auf die Ausführung von

formale Konkurrenz den Fall bezeichnen, wo mehrere Rechtsverletzungen durch eine gemeinschaftliche Absicht, resp. Ursachlichkeit mit einander verbunden sind, sollten sie auch in verschiedenen Thaten oder Wirkungen bestehen (mehrfache Rechtsverletzung), und zwar a) in Einer That, α) qualifizirtes Verbrechen [1]), β) Bewirkung dem Begriff nach verschiedener Verbrechen durch Eine That [2]), — b) in verschiedenen Thaten [3]). Dieser stellen sie dann als materiale Konkurrenz den Fall gegenüber, wo in Ansehung mehrerer Rechtsverletzungen einer Person, werden sie nun durch Eine oder verschiedene Handlungen bewirkt, mehrere unterschiedene Absichten oder Ursachlichkeiten stattfinden. — Diese Ansicht hat zwar das Verdienst, auf das wichtige Moment der Einheit der Absicht aufmerksam gemacht und dadurch die richtige Auffassung des fortgesetzten Verbrechens vorbereitet zu haben. Allein die Eintheilung der Konkurrenz in formale und materiale nach der Einheit oder Mehrheit der Absichten führt zu Verwirrung und Widerspruch, da die formale Konkurrenz durch diese Definition unter dasselbe Prinzip, wie das fortgesetzte Verbrechen, gestellt, gleichwohl aber doch wieder als Konkurrenz und Fall der Strafhäufung festgehalten wird [4]), überdies aber eine Reihe von Fällen unter ihr zusammengeworfen wird, die gar nicht als Konkurrenzfälle anzusehen sind. — Außerdem ist noch zu bemerken, daß Einige den Ausdruck: wiederholtes Verbrechen (verschiedenzeitige gleichartige Konkurrenz) ungeschickter Weise auf den Rückfall anwenden [5]). — Besonders wichtig ist es nun aber, von dem Begriff der Konkurrenz die vielen Fälle auszuscheiden, die häufig ganz mit Unrecht darunter gestellt werden. A) Ideale Konkurrenz. Hier ist zu unterscheiden: 1) eine in sich einfache Handlung; wenn diese a) nur Eine Willensrichtung involvirt, so ist niemals Konkurrenz vorhanden; wenn die Handlung einerseits ein selbständiges Delikt bildet, andrerseits sich unter die Kategorie eines Gattungsverbrechens stellen läßt (wie Ehebruch im Verhältniß zum stuprum), so liegt stets nur Ein Verbrechen vor [6]). b) wenn sie verschiedene Willensrichtungen involvirt, so können diese Verbrechen betreffen, welche begriffsmäßig relativ denselben Thatbestand voraussetzen (z. B. incestuoser Ehebruch); hier ist relativ, d. h. soweit eben der Thatbestand nicht nothwendig gemeinschaftlich ist, Konkurrenz

---

Schröter verweisen mag. Selbst Henke kommt bei der formalen Konkurrenz in eine fühlbare Klemme.

1) Als Beisp. werden angegeben Blutschande, Ehebruch, Vatermord, furtum und plagium, furtum u. Peculat, rapina u. vis publica, incest. Ehebruch. Schröter S. 192. n. 1. 2. S. 195. n. 1.

2) z. B. mittelbare Injurie, gewaltsame Schändung (?), Urphedenbruch, gewaltsamer bewaffneter Diebstahl, culpa dolo determ. ꝛc. Schröter S. 193. n. 1.

3) z. B. Entführung (?), Tödtung des Eigenthümers durch den Dieb. Schröter S. 191. n. 1.

4) Schröter §. 154 j. 165—167. u. 168. n. 3. Diesen Widerspruch, worin Henke hängen geblieben ist, hat Martin glücklich vermieden.

5) Schröter §. 152. vgl. das bair. GB. u. die Anm. I. 251.

6) Anders nach Schröter; s. auch Henke I. 616. 617 (Nothzucht, Raub, Entführung ꝛc. ꝛc. sollen verhüllte Konkurrenzfälle sein). Ueber theilweise abweichende, aber mit dem Prozeß, worauf sie beruhten, längst veraltete Bestimmungen des röm. Rechts s. Hefftter §. 163. n. 2. Roßhirt S. 114 f. — vgl. Oersted S. 400. 401. Bauer S. 7. 8. Leonhardt I. 446 (not. 3 unrichtig; qualif. Versuch ist Konkurrenz). Hye S. 478—488. (495 üb. qualif. Versuch unrichtig, ebenso 496 üb. Betrug u. Diebstahl).

vorhanden [1]). Unter denſelben Geſichtspunkt fallen mehrfach qualifizirte Verbrechen [2]). Betreffen dagegen die verſchiedenen Willensrichtungen Verbrechen, welche ihrem Thatbeſtande nach weſentlich unterſchieden ſind, ſo liegt hier ſtets — und zwar vollſtändig — Konkurrenz vor [3]) (z. B. Tödtung durch Brandſtiftung, Konkurrenz von dolus und culpa, qualif. Verſuch, mittelbare Injurien, Injurien gegen Mehrere zugleich ꝛc.). Beſonders iſt hier die überhaupt in dieſer Lehre nie aus den Augen zu verlierende Bemerkung wichtig, daß die Verbrechen gegen die unmittelbare Perſönlichkeit in ſich quantitativ abgeſchloſſen ſind, andre, beſonders die gegen das Eigenthum nicht, daher jene ſovielmal begangen werden, als Perſonen dadurch verletzt ſind, was bei letzteren nicht der Fall iſt [4]). — 2) Eine in mehrere Momente zerlegbare Handlung. a) ſind dieſe Momente gleichartige, die ſich unter Einen Thatbeſtand zuſammenſchließen [5]), ſo liegt keine Konkurrenz, ſondern nur Ein Verbrechen vor [6]). Bei Verbrechen gegen die unmittelbare Perſönlichkeit iſt übrigens hier ſtets eine und dieſelbe Perſon als Gegenſtand des Angriffs vorausgeſetzt, wogegen dieſe Einheit der Perſon des Verletzten in andern Fällen (z. B. beim Diebſtahl) nicht erforderlich iſt [7]). Immer aber iſt hier Einheit der Willensrichtung vorausgeſetzt; b) ſind dagegen die Momente verſchiedenartige, z. B. Betrug durch Fälſchung, Bigamie mittelſt Betrugs ꝛc., ſo müſſen nothwendig auch mehrere Willensrichtungen vorhanden ſein, daher ſolchen Falls ſtets Konkurrenz vorliegt [8]). B) Reale Konkurrenz. Hier giebt es keine Fälle bloß ſcheinbarer Konkurrenz, wenn man nicht das, allerdings von der Konkurrenz auszuſcheidende, fortgeſetzte Verbrechen als einen ſolchen anſehen will [9]).

Soll nun aber der Fall des fortgeſetzten Verbrechens als mit Recht vom Begriff des Zuſammenfluſſes ausgeſchloſſen erſcheinen, ſo kommt Alles darauf an, ihn richtig zu beſtimmen, wozu es an Materialien in der neueren Doktrin nicht fehlt [10]). Das praktiſche Moment iſt, daß ſolchen Falls, obwohl mehrere

---

1) Klein n. †† z. Quiſt. §. 30. Savigny p. 15. Grolman §. 121. a. Abſ. 2. A. M. Wächter I. S. 255 ob.

2) Ganz zur Konkurrenz werden ſie gerechnet von Schröter §. 157. 169 (ſ. jed. Diss. p. 10). vgl. Savigny p. 121. Feuerbach §. 131. n. 3. Dag. ſ. Henke I. 616. Wächter §. 122. n. 95 u. S. 254. Bauer S. 9. Beides iſt unrichtig. ſ. auch Bauer a. a. O. not. b. u. S. 98. Leonhardt I. 445.

3) A. M., zum Theil wenigſtens, Hefftter §. 164. n. 7. vgl. aber §. 165. n. 1. Mittermaier n. 1. z. F. §. 131, beſ. aber Krug S. 2, der ſich jedoch ganz mit Unrecht (n. 3) auf Abegg u. (n. 4) auf v. Savigny beruft. Verwirrend iſt es, wenn neuere Schriftſteller ſolche Fälle, in welchen neue Gbücher die Konkurrenz im beſ. Theil beſonders gewürdigt u. mit Einer Strafe bedroht haben, als einfache Verbrechen behandeln; ſo beſ. Krug S. 22—24. Hye S. 467—471. ſ. aber auch S. 488 ff.

4) N. Rev. S. 877. vgl. Oerſted S. 394—396. Bauer S. 8. nr. 4 (ungenau). A. M. Krug S. 1. not. 2.

5) z. B. eine Reihe von Schmähungen gegen Einen, mehrere Verwundungen und Tödtung uno actu ꝛc.

6) Bauer S. 6.

7) Oerſted S. 394. Bauer S. 8. nr. 3. 4. Daher auch nur Ein Verbrechen, wenn uno actu mehrere Häuſer angezündet, mehrere Aktenſtücke in Einer Angelegenheit gefälſcht werden ꝛc. N. Rev. S. 878.

8) Dies giebt auch Hefftter §. 164. n. 8 zu.

9) ſ. bär. Sander S. 280. vgl. Bauer S. 29. 30.

10) Mittermaier im N. Arch. II. 238 f. und in Demme's Annal. I. 1 ff. Schröter Hdb. I. §. 165—167. Henke Hdb. I. §. 91. Martin §. 64. San-

verbrecherische Akte vorliegen, gleichwohl keine Mehrheit von Verbrechen, sondern nur Ein, aber allerdings durch Fortsetzung erschwertes Verbrechen angenommen werden soll. Natürlich kann dies eben nur unter solchen Voraussetzungen geschehen, welche die Annahme einer Mehrheit von Verbrechen bestimmt ausschließen, und es sind dabei drei Fehler zu vermeiden, welche oft genug nicht vermieden worden sind; es ist zu sorgen, daß man nicht a) wirkliche Konkurrenzfälle unter den Begriff der Fortsetzung Eines Verbrechens bringe, b) daß man nicht umgekehrt Fälle bloßer Fortsetzung unter die Kategorie der Konkurrenz setze, c) daß man nicht Fälle, wo unmittelbar nur ein einfaches Verbrechen vorliegt, unter die des fortgesetzten (durch Fortsetzung erschwerten) mische. Die ältere Theorie über fortgesetzte und wiederholte Verbrechen ist schon darum unbrauchbar geworden, weil man dabei häufig zwischen Rückfall und Konkurrenz nicht unterschied [1]). Fortgesetzte Delikte hießen übrigens alle Delikte derselben Art, wenn sie an derselben Person oder demselben Gegenstand, wiederholte, wenn sie an verschiedenen Personen oder Gegenständen zu verschiedenen Zeiten begangen wurden [2]). Erstere sollten eben nur als Ein Verbrechen bestraft werden [3]). Allein man kam in neuerer Zeit, namentlich seit die herkömmliche Definition in das bair. GB. übergegangen war, zu der Ansicht [4]), daß dieselbe völlig verkehrt sei; daß die l. 67 §. 2 D. de furt., worauf man sich gewöhnlich berief, nichts beweise, war ohnedies schon früher nachgewiesen worden [5]). Denn mit jener Bezeichnung war Alles in die Hand des Zufalls gegeben [6]). Von der einen Seite wurde nun, um zu vernünftigeren Resultaten zu gelangen, ganz mit Recht, aber freilich einseitig und

---

der und Trefurt im N. Arch. a. a. O. Bauer Abh. II. 28 f. Visini Beitr. z. Krim.RWiss. S. 41 ff. Krug a. a. O. S. 9 ff. Waser a. a. O. S. 14 ff. Breidenbach I. 2. S. 542 ff. Leonhardt I. 456 ff. Hye S. 471—475. s. noch Mittermaier §. 128 a. z. F. Temme Glossen S. 129. 130 (oberflächlich absprechend in der beliebten, sehr bequemen, aber innerlich hohlen Manier der Berufung auf ein vermeintliches gemeines Rechtsbewußtsein, einen behaupteten gesunden Rechtssinn des Volks u. dgl.). N. Rev. S. 887—893.

1) s. z. B. Koch inst. §. 158. Quistorp §. 90. Klein §. 156. Kleinschrod I. §. 75.

2) s. die Angef. (Quistorp §. 30), Püttmann Elem. §. 33. G. J. F. Meister princ. §. 114. Salchow Darst. I. §. 120. Grolman §. 121 (modifizirt). Feuerbach §. 128. Eigenthümlich Kleinschrod I. §. 74 (Dieser §. 75, sowie Klein z. Quist. §. 30 heben übrigens bereits das so wichtige Moment der Einheit der Absicht gegenüber der Erneuerung derselben hervor, freilich noch in ziemlich verworrener Weise).

3) Engau Elem. §. 79. Koch §. 159. Westphal Krim.R. §. 133. §. 3. Quistorp §. 90 (sehr unbestimmt). Feuerbach §. 131. Salchow a. a. O. Kleinschrod III. §. 105 (nur für einen Fall §. 101, wobei schon ganz die moderne Ansicht, nur freilich in sehr beschränkter Weise, zu Grund liegt). Tittmann §. 100. Jarcke I. 323. Abegg §. 161. 162.

4) Manche machen Mittermaier zum Reformator (z. B. Breidenbach, Leonhardt ꝛc.). Indessen hat Schröter dasselbe Verdienst anzusprechen; und aus den vor. Noten ergiebt sich, daß schon Klein u. Kleinschrod das punctum saliens berührt hatten.

5) Savigny p. 9. Schröter Diss. p. 19—21.

6) s. bes. die Erfahrungen aus der Praxis in Gönners Jahrb. I. 162 f. III. 156 ff. Sander S. 373 f. Mittermaier in d. Annal. S. 5. 6. Bauer S. 34. 35. Visini S. 45 f. N. Rev. S. 888.

ſchon deshalb nur in unvollkommener Weiſe das objektive Moment als dasjenige hervorgehoben, wodurch ſich das fortgeſetzte Verbrechen beſtimme, und zwar als „ein gewiſſer Zuſammenhang der mehreren Akte", vermöge deſſen ſie eben nicht als viele, ſondern als Ein Verbrechen erſcheinen. Ein ſolcher Zuſammenhang könne durch die Natur des Verbrechens oder durch die Begehungsweiſe entſtehen; jenes, indem bei gewiſſen Verbrechen das kriminelle Weſen eben nur in der fortdaurenden Benützung eines beſtimmten Verhältniſſes beſtehe, — dieſes, indem Jemand zur ſelben Zeit und am ſelben Ort durch Einen kontinuirlichen Verbrechensakt mehrere Perſonen verletze [1]). Der allgemeine Geſichtspunkt war hier freilich ſehr vag hingeſtellt; von den beiden Arten ſeiner Anwendung war aber die erſtere gleichfalls auf ein außerordentlich vages, dehnbares, die unrichtigſte Exemplifizirung zulaſſendes Moment (ein „Verhältniß") geſtützt [2]), — die andre enthielt faſt durchaus Fälle, in welchen von vorn herein nur Ein einfaches Verbrechen als vorhanden anzunehmen iſt [3]). Dieſe Anſicht bedurfte daher, abgeſehen von ihrer Unbeſtimmtheit im Einzelnen, jedenfalls nothwendig der Ergänzung durch ein ſubjektives Moment, d. h. durch die Einſicht, daß die Annahme einer bloßen Fortſetzung des Verbrechens im Gegenſatz zur Wiederholung vor Allem durch die Einheit des alle die mehreren Akte durchziehenden Entſchluſſes bedingt ſei [4]). Dabei wurde unterſchieden: die Wiederholung deſſelben Akts an demſelben Gegenſtand und an verſchiedenen Gegenſtänden [5]). In der erſten Beziehung wurden unter den Begriff der Fortſetzung geſtellt: mehrfach wiederholte Verſuche deſſelben Verbrechens, mehrfache Erneurung eines im Erfolge begriffenen Verbrechens (z. B. des Ehebruchs), und der Fall der l. 67 §. 2 de furt., in der zweiten wurde dagegen gefordert, daß die verſchiedenen Gegenſtände an ſich ſelbſt eine Art Ganzes gebildet oder doch die Akte bei einer und derſelben Gelegenheit ſtattgefunden haben müßten [6]). Dieſe Anſicht hatte das große Verdienſt, auf den Hauptpunkt, das ſubjektive Moment, mit voller Beſtimmtheit hingewieſen zu haben, ohne doch das objektive (die Einheit am Gegenſtande) zu ignoriren. Ihr Mangel war nur, daß ſie eben dieſes letztere Moment nicht mit der erforderlichen Schärfe feſtſtellte. Daher konnte es geſchehen, daß ſpäter das ſubjektive Moment mit ausſchweifender Einſeitigkeit auf

1) So Mittermaier im N. Arch. a. a. O. Ungemein beſchränkt war dagegen allerdings, was Kleinſchrod als fortgeſ. Verbrechen zuließ, indem er forderte, es dürfe keiner der mehreren Akte für ſich das ganze Verbrechen darſtellen (Bſpl. Allmälige Entwendung eines Schranks in drei Nächten nacheinander). vgl. Oerſted S. 397. 398. 411.

2) Dies hat Mittermaier ſpäter ſelbſt anerkannt. ſ. dag. auch jetzt noch Heffter §. 163 a. E.

3) Außer dem (nicht zum Uebrigen paſſenden) Falle der Vergiftung einer Perſon durch mehrere auf verſchiedene Zeiten vertheilte Doſen waren lauter Beiſpiele einfacher Eigenthumsverbrechen gewählt, wobei das ob. über die nicht nach der Perſon des Inhabers ſich abſchließende Natur dieſer Verbrechen Bemerkte nicht eingeſehen war.

4) Dieſes Moment wurde zuerſt mit Beſtimmtheit von Schröter hervorgehoben, was Krug nicht bemerkt hat. Gut aufgefaßt und dargeſtellt iſt es bei Henke I. §. 91. vgl. Martin §. 64. Wächter I. S. 248.

5) Der dritte Fall, den Schröter (ſ. auch Roßhirt S. 113. Marezoll S. 196) aufſtellt, iſt nur ein einfaches Verbrechen (mehrfache Verwundung u. Tödtung uno impetu).

6) In dieſem letzten Falle liegt wieder in Wahrheit nur Ein einfaches Verbrechen vor.

Koſten des objektiven geltend gemacht wurde [1]). Ehe dies aber geſchah, wurde (bei Gelegenheit der Entſtehung des hannövr. Gbs) eine dritte, eklektiſche Anſicht geltend gemacht [2]). Dieſelbe behauptete, daß Einheit des Entſchluſſes keineswegs zu allen Fällen eines fortgeſetzten Verbrechens erforderlich ſei, daher nicht zum Prinzip gemacht werden könne [3]). Ueberhaupt genüge nicht Ein Prinzip, ſondern man müſſe ſich an mehrere halten. Und zwar ſeien mehrere Akte als Eine That zu betrachten, entweder weil ſie als fortſchreitende Ausführung deſſelben verbrecheriſchen Entſchluſſes anzuſehen, oder weil ſie in Beziehung auf das nämliche dauernde Verhältniß begangen, oder weil ſie nur als Beſtandtheile oder Stufen derſelben That zu betrachten ſeien (in welchem letzteren Fall Einheit des Entſchluſſes nicht erforderlich ſei) [4]). Hieran war Alles fehlerhaft. Der 3te Fall enthielt eine petitio principii und die angef. Beiſpiele waren einfache (nicht einmal fortgeſetzte) Verbrechen [5]). Der erſte ſtellte das ſubjektive Moment abſtrakt auf, der zweite führte zwar ein objektives ein, aber ein ungemein vages [6]). Mit jenem war daher der Begriff des fortgeſ. Verbrechens ganz in das Belieben des Verbrechers geſtellt [7]), mit dieſem wurde zwar ein objektiver Halt geſetzt, aber ein beliebig dehnbarer, der ebenſo abnorm gedeutet werden kann [8]). Ueberdies war dieſer Eklektizismus eingeſtandener Maßen prinziplos. Eine vierte Anſicht gieng eben davon aus, daß ſich ein allgemeines Prinzip nicht auffinden laſſe, ergriff aber, um gleichwohl das praktiſche Moment (die mildere Beſtrafung) zu retten, den Ausweg, den Unterſchied zwiſchen fortgeſetzten und wiederholten Verbrechen überhaupt aufzuheben und für alle Fälle einer Mehrheit gleichartiger verbrecheriſcher Akte eine mildere Beſtrafung zu fordern, weil hier ſtets nur Eine böſe Triebfeder wirke, während das Wirken verſchiedener böſer Triebfedern die Anwendung der Regel: quot — tot — bedinge [9]). Noch ſkeptiſcher verfuhr eine fünfte

---

1) Schon vor Sander u. Krug geſchah es von Roßhirt S. 113, der bei Zwillingen fortgeſ. Kindsmord annimmt. ſ. dag. Breidenbach S. 552. not. 9.

2) Bauer Anm. I. 598—602. Dieſe Anſicht iſt in das hannövr., braunſchw. und thüring., theilweiſe wenigſtens auch in das heſſ. GB. übergegangen, das jedoch im Ganzen darüber hinaus iſt. Sehr mit Unrecht berufen ſich aber die braunſchw. Mot. darauf, daß dieſe Anſicht die comm. opinio ſei. Bauer ſelber hat ſie ſpäter für ungenügend erklärt. Abh. II. 40.

3) Daſſelbe behauptet Breidenbach S. 555 ff., aber für einen andern Fall, in welchem Bauer Einheit des Entſchluſſes fordert. vgl. auch Leonhardt I. 468, der in andrer Weiſe von Bauer abweicht.

4) ſ. hiegegen beſ. (v. Kapff) Bem. z. wirt. Entw. S. 72—75. vgl. N. Rev. S. 888. 889.

5) Ueberdies ſchien der logiſche Bauer hier auch einmal ganz von der Logik verlaſſen zu ſein. ſ. v. Kapff S. 73.

6) Mittermaier in den Annal. S. 11—14. vgl. beſ. die hierin lehrreichen wirt. Kammerverhandl.

7) Unklar ſpricht darüber Breidenbach S. 550—554.

8) Zu rechtfertigen ſucht es Breidenbach S. 557—559.

9) Sander S. 372—390. Derſelbe begeht jedoch die auffallende Inkonſequenz, hinterher die mehreren gleichen Verbrechen gegen verſchiedene Perſonen (im Gegenſatze zu den Eigenthumsverbrechen) wieder auszunehmen und als mehrfache Verbrechen zu bezeichnen (worin freilich der Wahrheit die Ehre gegeben iſt. ſ. o.). ſ. dag. auch Trefurt S. 427. 428. Ueberhaupt gegen Sander ſ. Mittermaier in d. Annal. S. 16—18. Bauer Abh. II. 37 (ſehr oberflächlich). vgl. dag. N. Rev. S. 893. Eigenthümlich iſt bei Sander insbeſondre noch die Verbindung, in die er ſeine An-

Ansicht, welche geradezu die Berechtigung des subjektiven Moments läugnete, indem sie behauptete, es lassen sich mehrere Akte gar nicht auf Einen Entschluß zurückführen, da vielmehr jeder Akt einen erneuerten Entschluß fordre; dies sei aber keine die Strafbarkeit mindernde, vielmehr eine sie erhöhende Willensform [1]). Dieser höchst scharfsinnige, aus dem Begriff der inneren Natur der Handlung genommene Einwurf [2]) ist jedoch nur ein scheinbarer. Allerdings wäre es unsinnig, wenn man sich vorstellen wollte, der Mensch handle nicht, weil er sich im Moment des Handelns selbst bestimmt hat, sondern weil er den Vorsatz zu handeln früher einmal gefaßt hat. Allein offenbar ist es doch ein großer Unterschied, ob ich bei einer Kette von gleichartigen Akten nur Einen vorhergefaßten Generalvorsatz als Inhalt meines Wollens ununterbrochen festhalte, oder ob ich zu dem einen oder andern dieser Akte einen neuen, mit dem vorigen gar nicht zusammenhängenden Vorsatz fasse, resp. die inzwischen aufgegebene Absicht von neuem in mir ausbilden muß [3]). Dort, wo ich nur das Eine sich selbst gleich gebliebene Wollen festhalte, ist Fortsetzung vorhanden; — hier dagegen, wo ich ein andres Wollen ganz neu, resp. ein aufgegebenes Wollen von Neuem anfangen muß, liegt Wiederholung vor. Für die mildere Beurtheilung des ersten Falls spricht aber offenbar der gleiche Grund, aus welchem Trefurt (S. 422) die mildere Beurtheilung der idealen Konkurrenz bevorwortet. Ueberdies würde die abstrakte Durchführung des fraglichen Arguments offenbar zur Aufhebung des Unterschieds der vorbedachten Absicht von der im Affekt gefaßten führen [4]). Eine sechste Ansicht knüpfte dagegen an die vierte an, indem sie unter die Kategorie des fortgesetzten Verbrechens nicht nur auch das wiederholte Verbrechen, sondern noch überdies eine Reihe von Fällen ungleichartiger realer Konkurrenz stellte [5]). Sie nimmt Fortsetzung an, wenn unter mehreren (gleich- oder ungleichartigen) Verbrechen ein innerer bewußter Kausalzusammenhang stattfinde, vermöge dessen entweder das eine als das relativ nothwendige Mittel oder die Folge des andern, oder sämmtliche Verbrechen als nothwendige Mittel für Einen Zweck, oder als nothwendige Folgen Eines Motivs erscheinen. Uebrigens gesteht sie selbst ihre Halbheit ein, da sie in der That von

---

sicht mit der herrschenden (dem Präventionsprinzip angehörigen) Behandlung des Rückfalls bringt, indem sie dazu dienen soll, deren Härte auszugleichen, — was jedenfalls eine Empfehlung von sehr problematischem Werth ist. Damit hängt auch zusammen, daß er, die comm. opinio verlassend, zur Fortsetzung u. Wiederholung nicht die gleichen Verbrechen verlangt, sondern schon gleichartige (wie beim Rückfall nach den neuen Gbüchern) genügen läßt (Uebergang zu Krug). A. M. v. Jagemann N. Arch. 1849. S. 227 ff., während er S. 231 gerade auf Sander provozirt!

1) Trefurt im N. Arch. 1838. S. 423—430 und bei Thilo S. 187—191.

2) Es ist auffallend, daß ihn die Doktrin gar nicht berücksichtigt hat, ein Fehler, dessen sich auch die N. Rev. anklagen muß. s. indessen Leonhardt I. 460. 461.

3) Würde man diesen Unterschied gehörig beachten, so würde man die Fortsetzung, resp. Wiederholung des Ehebruchs richtiger bestimmen, als es häufig geschieht. s. (im Ganzen richtig) Krug S. 51—55.

4) Sehr treffend ist es übrigens, wie Trefurt der vom Präventionsprinzip beherrschten Doktrin u. Gesetzgebung die Inkonsequenz zwischen den Bestimmungen über das fortgef. Verbrechen u. denen über den Rückfall aufweist. Zuletzt will übrigens auch er wenigstens für viele Fälle des fortgef. Verbrechens eine mildere Behandlung auf einem Umweg (S. 429. 430) herbeigeführt wissen.

5) Krug S. 9 ff. vgl. Weiß S. 207—210. Schwarze in den krit. Jahrb. VII. 686 ff. Breidenbach I. 2. S. 644. 645.

einem die Eigenthümlichkeit des Begriffs des fortgeſetzten Verbrechens faſt ganz abſorbirenden Geſichtspunkte, d. h. von der Ueberzeugung ausgeht, daß eigentlich ſämmtliche mehrfachen Verbrechen Eines Individuums, auch die verſchiedenartigſten, als Ein Ganzes aufgefaßt werden ſollten. — Eine ſiebente Anſicht erſcheint als Potenzirung der dritten, dahin gehend, daß es für die Annahme eines fortgeſetzten Verbrechens eine ganze Reihe von Kriterien gebe (Einheit der Zeit, des Orts und der Gelegenheit, Gleichheit der Begehungsart, Einheit des Mittels zur Ausführung, Einheit des Gegenſtandes, zuſammenhängende Reihenfolge, Einheit des beſondern und dauernden perſönlichen Verhältniſſes, Einheit der Triebfeder, des Zwecks, des Entſchluſſes), daß aber keines derſelben allgemein zutreffend und durchgreifend ſei, vielmehr alle nur als Anhaltspunkte des richterlichen Ermeſſens dienen können. Indeſſen wird beigefügt, daß als die wichtigſten jener Kriterien die Einheit des Entſchluſſes und die Beziehung auf das nämliche beſondere und dauernde perſönliche Verhältniß anzuſehen ſein dürften [1]). — Dagegen wurde im Laufe der Zeit die Theorie, wie ſie ſchon von Anfang an (in der erſten und zweiten Anſicht) angebahnt vorlag, dahin abgeſchloſſen, daß zum fortgeſetzten Verbrechen Einheit auf der ſubjektiven und auf der objektiven Seite gehöre [2]). Dies iſt denn auch das Richtige; nur bedarf es einer genaueren Beſtimmung [3]). Das Hauptmoment iſt ohne Zweifel die Einheit des Entſchluſſes in dem o. a. Sinne, daß kein Akt zur Fortſetzung gerechnet werden darf, der auf einem neuen (nicht ſchon in dem früheren enthaltenen und ſeitdem feſtgehaltenen) oder auf einem nach aufgegebener Abſicht neugebildeten Entſchluſſe beruht [4]). Wo dieſes Moment fehlt, iſt nie von Fortſetzung zu reden [5]). Nach ihm hat die ganze bisherige wiſſenſchaftliche Entwicklung gerungen; die Skeptik hat nur zu der hier gegebenen genaueren Beſtimmung geführt, und die Eklektiker führen es wenigſtens als Hauptkriterium auf. Allerdings aber führt es, einſeitig feſtgehalten, zur bodenloſeſten Willkühr, ſofern es in das Belieben des Verbrechers geſtellt wäre, alle wiederholten Verbrechen durch die Behauptung Eines Generalentſchluſſes zu decken [6]). Es muß daher nothwendig auch an der objektiven Seite das Moment der Einheit geſetzt ſein. Von ſelbſt verſteht ſich hier vor Allem, daß die mehreren verbrecheriſchen

1) Bauer Abh. II. 28—41. vgl. Temme Krit. d. preuß. Entw. 1843. I. 201 ff. Hufnagel III. 152—154. Strafgb. m. Anm. S. 114. 498.

2) Mittermaier in den Annal. Marezoll S. 195. 196. N. Rev. a. a. O. vgl. im Weſentlichen auch Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. u. v. Bothmer Erörter. I. 141 ff. vgl. Mittermaier §. 128 a. z. F. Waſer a. a. O. v. Jagemann a. a. O. S. 227—235.

3) Gegen Mittermaier Annal. ſ. treffende Einwendungen bei Krug S. 13—15. Sehr unvollkommen iſt die Darſtellung bei Marezoll und noch mehr bei v. Jagemann.

4) daher kein Inceſt mit der zweiten Tochter nach einem ſolchen mit der erſten; kein erſt wieder angeknüpftes ehebrecheriſches Verhältniß. vgl. Krug S. 51—55. Breidenbach S. 558. Weiß S. 208. nr. 3.

5) Daher iſt die Anſicht von Bauer Anm. I. 600 ob. 602 ob. falſch (vgl. Leonhardt I. 468, der hier richtig von einem Geſammtbeſchluſſe redet); ebenſo die von Breidenbach S. 557, welcher das Moment der kontinuirlichen Einheit des Entſchluſſes in zu beſchränktem Sinne auffaßt, ebenſo von Weiß S. 208. nr. 6, der ſich übrigens ſelbſt widerſpricht.

6) Eben dieſe bodenloſe Willkühr wird zum Prinzip erhoben von Sander, dem Ausdruck nach auch von Krug, der jedoch weſentliche Beſchränkungen anbringt. Unklar wenigſtens iſt Breidenbach S. 550—554; ganz falſch v. Jagemann S. 231—235.

Akte gleichartige sein müssen, und zwar im strengen Sinne [1]). Daher kann nie von fortgesetzten Verbrechen die Rede sein, wo ein Verbrechen als Mittel oder Folge eines andern davon verschiedenen verübt wird [2]). Nur freilich dürfen bloß verschiedene Stufen eines Verbrechens nicht als verschiedene Verbrechen betrachtet werden. Nun fragt sich aber eben, wie die Einheit an der objektiven Seite bestimmt werden soll? Mit Recht hat man die Forderung der Identität des verletzten Objekts (Person oder Gegenstand) aufgegeben, sofern diese mit einer (auch jetzt noch kursirenden) irrigen Vorstellung über das wahre Objekt vieler Verbrechen zusammenhieng [3]) (s. jedoch unten). Ebensowenig genügt aber die Einheit des Orts, der Zeit oder der Gelegenheit, oder die Gleichheit der Begehungsart mehrerer Uebertretungen, da unter diesen Voraussetzungen ebensowohl wiederholtes Verbrechen, resp. ideale Konkurrenz, als fortgesetztes Verbrechen vorliegen kann [4]). Eher ließe sich die zusammenhängende Reihenfolge der mehreren Akte hören [5]); indessen ist auch sie jedenfalls nur eine Konsequenz der geforderten objektiven Einheit. Auch die Einheit des Mittels zur Ausführung (eine von der Fälschung behufs des Betrugs abstrahirte Bestimmung) genügt an sich nicht, da sie in vielen Fällen nicht zutrifft und, wo sie zutrifft, nicht den entscheidenden Grund bildet [6]). Wird nun gesagt, die mehreren Akte müssen als Bestandtheile oder Stufen derselben Handlung erscheinen [7]), so liegt darin eine petitio principii und zugleich die Aufhebung des Unterschieds zwischen einfachen und fortgesetzten Verbrechen [8]). Ebenso unvollkommen ist das Kriterium der Beziehung auf ein dauerndes gleiches Verhältniß [9]). So allgemein gehalten, ist der Ausdruck unendlich vag und giebt gar keine Grenze an [10]). Es müßte wenigstens ein dauerndes objektives Verhältniß von rechtlicher Bedeutung gefordert werden [11]). Allein man kann den

---

1) A. M. Krug, der aber hiemit, wie er selbst (S. 13) zugiebt, aus der Sphäre des Begriffs des fortgesetzten Verbrechens geradezu heraustritt, sofort jedoch aus einem nicht mehr juristischen, sondern moralischen Gesichtspunkte argumentirt. s. auch N. Jahrb. VII. 8 ff. Auch Sander nimmt die Gleichartigkeit schon zu weit. Solche Willkührlichkeiten dienen aber nur dazu, den Begriff des fortges. Verbrechens aufzulösen, ohne daß die Lehre von der Konkurrenz überhaupt einen reellen Gewinn davon hätte.

2) A. M. Krug S. 17—20. 34—40 (dem freilich die sächs. Praxis Recht giebt). s. dag. z. B. Breidenbach S. 548. 549. Leonhardt S. 470. Wafer S. 24.

3) vgl. Mittermaier in d. Annal. S. 4—6. Trefurt S. 427. 428. N. Rev. S. 888.

4) Eigentlich giebt dies Bauer Abh. II. 33 selbst zu (s. übr. auch Schröter u. Henke). Daher ist unrichtig, was v. Jagemann S. 227—231 sagt.

5) Bauer eb. S. 35. 36. vgl. die wirt. Verhandl. N. Rev. S. 889.

6) Mittermaier N. Arch. II. 252. 253. Annal. S. 10. Bauer Abh. II. 31. vgl. Trefurt b. Thilo S. 189 (wo übrigens die Argumentation sophistisch ist).

7) Bauer Anm. I. 601. 602. und mit ihm das hannövr., braunschw. u. thüring. GB.

8) v. Kapff a. a. O. S. 73. N. Rev. S. 890.

9) Mittermaier N. Arch. II. 253. 254. Bauer Anm. I. 601. Abh. II. 36. Breidenbach I. 2. S. 555—559. Marezoll S. 195. 196.

10) v. Kapff a. a. O. S. 74. 75. Mittermaier §. 128 a. z. F. n. 8. v. Bothmer Erört. I. 142. 143. Leonhardt I. 464—468.

11) N. Rev. S. 891. Der Ausweg, den v. Bothmer u. Leonhardt nehmen, — das Verbrechen müsse wider das Verhältniß selbst gerichtet sein, dieses gewissermaßen die Form der Begehung des Verbrechens darstellen, — führt immer noch viel zu weit, da hiernach alle Bandenverbrechen, alle gemischten Dienstverbrechen ꝛc. als bloß fort-

ſchiefen und ſtets zu Verwirrung führenden Ausdruck ganz entbehren. Endlich bleibt nämlich doch nur die Einheit am Objekt übrig, und es iſt nur nöthig, ſich bei einer Reihe von Verbrechen das wahre Objekt klar zu machen. Es giebt nämlich eine ganze Klaſſe von Delikten, bei denen der Akt, noch ſo oft wiederholt, an ſich das Objekt des Verbrechens nicht wachſen macht, ſo die Verletzung der ehelichen Treue in Beziehung auf eine beſtimmte Ehe, die Verletzung der natürlichen Sittlichkeit durch geſchlechtlichen Umgang mit einer blutsverwandten Perſon, die Verletzung der Treue gegenüber einem beſtimmten Klienten, die Defraudation eines Beamten hinſichtlich einer beſtimmten Kaſſe [1]), die Vorzeigung eines falſchen Paſſes bei verſchiedenen Behörden [2]). Hier können alſo unbeſtimmt viele Akte doch nur Ein Verbrechen darſtellen, ſobald es an der Einheit des Entſchluſſes nicht fehlt [3]). Ebenſo haben die Verbrechen gegen das Eigenthum keine ſchlechthin beſtimmte quantitative Grenze, wie ſie denen gegen die unmittelbare Perſönlichkeit zukommt. Während daher Tödtung, Körperverletzung, Injurie, Freiheitsberaubung zwar gegenüber Einer Perſon, nie aber gegenüber von Mehreren fortgeſetzt werden kann [4]), ſo kann ein Diebſtahl am Eigenthum verſchiedener Perſonen (z. B. Leinwand von einer Bleiche), ein Betrug an Mehreren mit falſchem Maß ꝛc. als fortgeſetztes Verbrechen erſcheinen. Um nun bei beiden Klaſſen von Delikten die Grenze zwiſchen der Einheit und Mehrheit des Objekts zu finden, iſt darauf zu ſehen, ob an dem Gegenſtande der Handlung eine ſolche Qualität vorhanden iſt, daß es glaublich gefunden werden kann, der Thäter habe die verſchiedenen Akte in die Einheit Eines Entſchluſſes zuſammengefaßt. Es darf alſo die Vorſtellung einer ſolchen Totalität nicht bloß in dem ſubjektiven Belieben des Thäters begründet ſein, ſondern dieſelbe muß ſich unabhängig hievon an dem Objekte vorfinden [5]). Mithin ſind alle gleichzeitigen Beſchlüſſe zu Verbrechen gegen die unmittelbare Perſönlichkeit an verſchiedenen Perſonen auszuſcheiden [6]).

---

geſetzte Delikte erſcheinen würden. — Die franzöſ. Jurisprudenz bietet in dieſer ganzen Lehre wenig Anhalt, da in der Lehre von der Konkurrenz ſelbſt der Begriff des fortgeſ. Verbrechens ganz unpraktiſch iſt. Nur in Betreff der Verjährung werden délits successifs (die aber von den fortdauernden nicht genau unterſchieden werden) den délits collectifs entgegengeſtellt, aber ohne feſte Prinzipien. vgl. Mangin traité de l'action publ. II. p. 161 sq. Rauter traité II. p. 227 sq. Hélie traité de l'instr. crim. III. p. 704 sq. Hoorebeke traité des prescriptions p. 67 sq. Cousturier traité de la prescription p. 162 sq.

1) Von dieſen Fällen ſind die zwei erſten ſelbſt von Trefurt (S. 429) nicht beanſtandet; die beiden andern ſtehen aber unter der gleichen ratio legis.

2) A. M. Trefurt bei Thilo S. 189, jedoch mit Unrecht, da er das Objekt der Fälſchung irriger Weiſe in der Täuſchung des Individuums ſieht, während es vielmehr in der Verletzung der fides publ. liegt. Bair. Strafger. II. 407—409. IV. 22 f. (?). 322 f. (? die Entſcheidung in der Anm. S. 326 iſt die richtige).

3) Hierher gehören auch die oftangef. mehreren Reden behufs Eines Aufruhrs, Hochverraths ꝛc.

4) Daher ſind die Fälle von Körperverletzung und Verläumdung bei Mittermaier in d. Annal. S. 5. 10 irrig entſchieden, wogegen es allerdings ein fortgeſ. Verbrechen iſt, wenn jemand Eine Perſon durch ſucceſſiv gegebene Doſen vergiftet.

5) N. Rev. S. 893.

6) Bauer Abh. II. 38 vgl. S. 33. Breidenbach I. 2. S. 551. Leonhardt I. 462. 463. Es fehlt nur meiſt an der Angabe des wahren Grundes, der in der Natur dieſer Verbrechen liegt. N. Rev. S. 877. 892. Sonſt könnte nicht Bauer S. 37 die Tödtung von Zwillingen hierher ſtellen. Noch weiter geht Krug S. 55. 56.

Ebenso der Beschluß, verschiedene solche Verbrechen gegen Eine Person zu begehen [1]); ja sogar der Beschluß, ein und dasselbe solche Verbrechen successiv mehrfach an Einer Person zu begehen [2]) (nicht zu verwechseln mit mehrfachen mißglückten Versuchen eines solchen Verbrechens [3]), resp. einer Vergiftung durch vertheilte Dosen). Was ferner die gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechen betrifft, so ist es bei diesen ganz besonders nöthig, das Moment der Einheit nicht von der vom Thäter bloß behaupteten Einheit des Entschlusses abhängig zu machen [4]), oder gar von Einheit des Zwecks zu reden [5]), der überall in der Rechtssphäre keine Geltung hat. Daher ist es nicht fortges. Verbrechen, wenn Jemand sich nach und nach Reisegeld nach Amerika, Geld um ein Haus zu bauen ꝛc. zusammenstiehlt [6]), wohl aber wenn er einen Schrank in seinen einzelnen Theilen nach und nach stiehlt, eine Chatouille, zu der er sich den Schlüssel verschafft hat, nach und nach ausleert, Leinwand von einer Bleiche nach und nach fortträgt. Natürlich kann hier keine absolute Grenze a priori gesetzt werden. Der einzelne Fall muß ergeben [7]), ob die Beschaffenheit des Objekts es zuließ, daß der Thäter sich die mehreren Akte mit Fug als Eine Unternehmung denken konnte [8]). Und natürlich darf [9]) bei bewiesenem Gegentheile nicht die Einheit des Entschlusses bloß fingirt werden! Dem Diebstahl gleich zu behandeln sind die Unterschlagung und Eigenthumsbeschädigung, dagegen nicht der Raub, weil er wesentlich mit ein

---

1) Bauer Abh. II. 37 ob. A. M. Krug S. 55.

2) Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. Krug S. 41, der jedoch mit Unrecht von eventuellem Entschluß, eine Prügelei fortzusetzen spricht, wenn die erste nicht nach Wunsch ausgefallen ist, und sofort bei der Wiederholung Einheit des Beschlusses (?) annimmt, und S. 40 vollends ganz unzuläßige Behauptungen aufstellt. s. übr. auch S. 47. n. 71.

3) Krug S. 42 ob. s. auch Schröter, Henke, Mittermaier ꝛc. A. M. Breidenbach S. 569, der indessen mit dem Recht hat, was er über den freiwillig aufgegebenen Versuch bemerkt.

4) Irrthümlich ist es jedoch, wenn Breidenbach S. 549. 550 dem Thäter die Beweislast auflegt.

5) wie Bauer Abh. II. 37 und bes. Krug S. 40 f., der aber allerdings bemüht ist, Schranken zu setzen, was dagegen Sander freilich unterlassen konnte!

6) s. auch Krug S. 42. 43 (der aber hier hinsf. der unbemittelten Ehefrau mit Unrecht eine Ausnahme macht. Der Fehler ist eben, daß er überhaupt vom Zweck aus argumentirt). Ebensowenig glücklich ist die Unterscheidung von unerlaubtem und anderweitigem erlaubtem Zweck bei Breidenbach S. 550—554, ja geradezu falsch; doch bringt er wenigstens noch eine etwas bessere zwischen bestimmtem und vagem Zweck nach. Besser v. Bothmer I. 141. Leonhardt I. 463. Die feinsten Bemerkungen liefert trotz des unrichtigen Ausgangspunkts Krug S. 47—50 (nur freilich wirft er hier Manches zusammen, was nicht zusammengehört, z. B. S. 48 Einheit des Mittels ꝛc., und behandelt gerade die Hauptsache, die Einheit des Objekts, als Nebensache).

7) Als Beweismomente werden hier Einheit der Zeit und des Orts, Einheit der Gelegenheit und Kontinuität der Akte allerdings wichtig. v. Bothmer I. 142. Leonhardt I. 463. gegen Schlüter S. 85. n. 33. Daher auch die verschiedenen Ansichten über Hausdiebstahl. s. Leonhardt S. 464, u. die dort Angef. Bauer Abh. II. 36. Krug S. 48. 50. 56. v. Bothmer II. 297—306.

8) Krug S. 47—50. Mit den 2 reichsten Bauern und den mehreren Fuhrleuten S. 50 geht er offenbar zu weit. Das sind sehr willkührliche objektive Einheiten!

9) Dadurch widerlegen sich einfach die Einwendungen von Trefurt bei Thilo S. 189. 190. Allerdings sind auch die Beispiele in den Mot. S. 186 mehrentheils falsch gewählt, und sowohl der Gesichtspunkt der Regierung, als der der Kommissionsmehrheit ein mangelhafter. s. aber auch S. 178—180.

Angriff auf die unmittelbare Persönlichkeit ist [1]). Der Betrug steht in der Mitte; er hat den Charakter des Diebstahls und der Injurie zugleich. Daher ist er, wo er nicht durch das Mittel der Fälschung begangen wird, den Verbrechen gegen die Person gleich zu behandeln, d. h. es ist kein fortgesetzter Betrug an Mehreren anzunehmen [2]), allerdings dagegen an derselben Person, und zwar wird hier die Einheit des Objekts durch die Identität der Vorspiegelungssphäre vertreten (z. B. fortges. Betrug mittelst Benützung des Aberglaubens, der verliebten Neigung einer Person ꝛc.) [3]). Wo dagegen auf eine Fälschung hin betrogen wird (mit falschem Maß und Gewicht, gefälschtem Wein ꝛc.), da wiegt der Charakter des Eigenthumsverbrechens vor, und das Delikt kann auch gegenüber einer Vielheit von Personen als fortgesetztes erscheinen. Die Einheit liegt hier in der Einen Fälschung, deren Ausbeutung eben der fortgesetzte Betrug bildet und welche in allen Wiederholungen nur diese Eine Verletzung der fides publica bleibt [4]). Eben dies Letztere tritt dann auch beim Ehebruch, Incest, der Päderastie u. dgl., der Prävarikation, der Veruntreuung eines Kassenbeamten u. s. f. ein. Auch hier ist das Objekt des Verbrechens (die Pflichtverletzung) nicht mit dem Einen Akte abgeschlossen, sondern läßt seiner Natur nach eine Mehrheit von Akten zu. Um aber hier eine Mehrheit von Akten als Einem Entschlusse angehörig gelten lassen zu können, muß Begehung der Unzucht mit Einer Person [5]), Prävarikation an Einem Klienten [6]), Veruntreuung an Einer Kasse, Mißhandlung desselben Amtsuntergebenen ꝛc. [7]), nachgewiesen sein. — Wenn nun endlich von Einigen auch in Beziehung auf kulpose Handlungen fortgesetztes Verbrechen angenommen wird [8]), so liegt darin ein innerer Widerspruch, da die culpa gerade das Eine wesentliche Moment für den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, die Einheit des Entschlusses ausschließt [9]).

---

1) vgl. Krug S. 47. n. 71.

2) A. M. Mittermaier N. Arch. S. 253. unter f. Der Betrüger muß bei jedem neuen Opfer seiner Schlauheit auf's Neue ansetzen (anders wenn er auf eine falsche Sache hin betrügt).

3) Dabei kann als Mittel zu diesem Betrug fortgesetzte Fälschung, fortgesetzter Meineid ꝛc. konkurriren; aber diese Mittel wachsen nicht mit dem Betrug zu Einem Verbrechen zusammen.

4) Eben dies ist in der Polemik b. Thilo S. 189 übersehen. Der Fall wird aber durchgängig nicht von dem richtigen Gesichtspunkt aus aufgefaßt. s. z. B. Mittermaier N. Arch. S. 252. 253. Bauer Abh. II. 34. Krug S. 48. vgl. übr. Leonhardt S. 467.

5) A. M. Mittermaier in d. Annal. S. 9. Leonhardt S. 465. s. dag. Mittermaier im Arch. S. 249. Henke I. 613. Bauer Abh. II. 36. Marezoll S. 196. n. 2. Breidenbach S. 558. Krug S. 51—55.

6) Bauer Abh. II. 36. Krug S. 40.

7) Damit erledigt sich die bei Leonhardt S. 467. 468 hervorgehobene Schwierigkeit. Krug S. 57 läßt es auf die Einheit des Motivs ankommen (?).

8) Mittermaier in d. Annal. S. 11. Breidenbach S. 554. 555 (vielleicht nur auf Grund des GBs). Krug S. 57. Wenn dieser S. 17 mit Mittermaier auch Henke u. Martin, d. h. Schröter zusammenstellt, so ist dies höchst ungenau. Gerade die letztere Ansicht nimmt bei mehreren Folgen Einer kulp. Handlung nur Ein Verbrechen an! Schröter §. 154. Martin §. 64. n. 14. Ganz verkehrte Ansichten hat v. Jagemann S. 235—237.

9) N. Rev. S. 893—895. vgl. Schröter a. a. O. Trefurt S. 425. Leonhardt S. 470. 471. Die irrige Ansicht ist in das hess. u. bad. GB. übergegangen.

2) Das gemeine Recht in der Lehre von der Konkurrenz beruht faſt ganz auf dem römiſchen [1]), welches jedoch in der Doktrin dadurch große Verwirrung hervorbrachte, daß man die Grundſätze über Konkurrenz mehrerer Verbrechen und die Grundſätze über die Konkurrenz mehrerer Klagen (resp. Strafen) wegen Eines Delikts nicht gehörig zu ſcheiden wußte [2]), was freilich um ſo eher möglich war, weil nach der römiſchen Anſchauung ſelbſt die Grenzen zum Theil in einander liefen [3]). — Die Lehre von der Konkurrenz konnte ſich in Rom überhaupt erſt [4]) mit dem Aufkommen der extraordinaria cognitio ausbilden, da die Quäſtionen je nur für die beſtimmten in der beſonderen lex enthaltenen Verbrechen kompetent waren [5]). Dagegen geſchah es in den Gerichten des Kaiſers und Senats und der Beamten, welche allmählig an die Stelle der Quäſtionen traten [6]). Hier wurde die gemeinſchaftliche Unterſuchung und Beſtrafung mehrerer konkurrirenden Verbrechen möglich und ſogar zur Regel (wenn auch nicht zur ausſchließlichen, da nach dem herrſchenden Anklageverfahren auch jetzt in getrennten Prozeſſen verhandelt werden konnte) [7]). Indeſſen hatte dies auf die materielle Beurtheilung der konkurrirenden Verbrechen keinen Einfluß. Denn hiefür galt das Prinzip quot delicta tot poenae, das nur an der Unausführbarkeit der Strafhäufung ſeine Grenzen fand. Letzteren Falls mußte man ſich zu bloßer Schärfung der ſchwerſten Strafe bequemen [8]). Nur vom Gerichte des Kaiſers und Senats weiß man, daß ſie an jene Regel ſich nicht banden [9]). Und zwar galt jenes Prinzip ganz allgemein für die ideale, wie für die reale Konkurrenz, für das öffentliche, wie für das Privatſtrafrecht [10]). Namentlich iſt auch der moderne Begriff des fortgeſetzten

1) Cujaz. Obs. VIII, 24. Matth. 47, 1, 4. 4, 3. Finestres Comm. ad Hermog. ep. jur. ad l. 32 de O. et A. 1757. p. 601 sq. Bosch-Kemper de indole j. crim. apud Rom. p. 188 sq. Platner quaest. p. 147 sq. Rein S. 244 ff. vgl. die oben über die Konkurrenz überhaupt Angeff.

2) ſo namentlich noch Roßhirt Entw. S. 103 ff. v. Savigny Syſtem V. 237 ff.

3) ſ. dag. namentlich die Diss. von Schröter und nach ihm die meiſten Neueren.

4) Die Komitien waren an eine certa lex nicht gebunden. Quinctil. inst. III, 10, 1. Aber es entwickelte ſich darüber keine Theorie.

5) Quinctil. l. c. u. Declam. 319. 326. Cic. de invent. II. 19. ad Quint. fratr. II, 3 sq. III, 2 sq. Ascon. in Cic. p. Mil. p. 39 sq. Orell. Oſenbrüggen zur Rede p. Mil. S. 22 ff. 51 ff. vgl. Ferrat. epist. I, 7. u. Rein S. 247 n. **

6) Quinctil. inst. l. c. Tac. An. II, 50. III, 22. 38. 67. IV, 21. 52. u. ſonſt. Plin. epist. VII, 6. 8. L. 9 C. de accusat. (9. 2). Schulting Comm. acad. I. p. 100. Geib Geſch. d. röm. Krim.proz. S. 654. 655.

7) Die l. 9 C. cit. bezieht ſich bloß auf ideale Konkurrenz. — A. M. ſcheint Geib; vgl. aber Rein S. 248. Umgekehrt läugnet Roßhirt Entw. S. 107 die Regel; ſ. aber auch S. 130.

8) L. 6 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 5 D. de quaest. (48. 18). l. 28 §. 10 D. de poen. (48. 19). l. un. pr. C. de rapt. virg. (9. 13).

9) Geib behauptet es auch von den übrigen Gerichten, ſ. S. 656, was aber bloß den Werth einer Vermuthung hat.

10) L. 2 pr. §. 1—5 D. de priv. del. (47. 1). l. 7 §. 5 D. de accusat. (48. 2). l. 9 C. eod. (9. 2). vgl. l. 11 §. 2 D. de serv. corr. (9. 3). l. 32 §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. (19. 5). l. 1 §. 9. l. 18 §. 2. l. 41 D. de injur. (47. 10). l. 46 §. 9. l. 56 pr. D. de furt. (47. 2). l. 20 C. eod. (6. 2). l. 5 D. de extraord. crim. (47. 11). vgl. übr. v. Savigny Syſt. V. 238 ff. u. dag. Rein S. 249 n. **. Gänzlich falſch Sander S. 286. 287. u. nach ihm v. Jagemann N. Arch. 1849. S. 223.

Verbrechens (ſ. Anm. 1) dem römiſchen Rechte ganz fremd, ſowohl in der älteren, noch von Feuerbach feſtgehaltenen Auffaſſung, wo er von dem des wiederholten Verbrechens keineswegs gehörig geſchieden war [1]), als in der jetzt herkömmlichen [2]). — Von den Grundſätzen über die Beſtrafung konkurrirender Verbrechen ſind nun aber wohl zu trennen die Beſtimmungen über die Konkurrenz mehrerer Klagen (und Strafen) bei einem und demſelben Verbrechen [3]). Gewiß iſt hier, daß mehrere öffentliche Strafklagen hier nur elektiv konkurrirten [4]), vorausgeſetzt nur eben, daß in der einen Handlung nur der Thatbeſtand Eines Verbrechens lag, das aber unter verſchiedene Geſetze rubrizirt werden konnte [5]). Dagegen war die Frage weit ſchwieriger bei den Klagen auf Privatſtrafe, eben wegen ihrer Zwitternatur. Trafen mehrere Klagen auf Privatſtrafe zuſammen, ſo hätte die Konſequenz verlangt, daß, wenn nur eben in der Handlung nicht verſchiedene Delikte gefunden werden konnten, die eine Klage die andre hätte ausſchließen müſſen [6]). Allein eben wegen jener Zwitternatur entſchied man ſich vielmehr dahin, in ſolchem Falle mehrere Klagen zuzulaſſen, jedoch ſo, daß mit allen zuſammen nur ſoviel erlangt werden konnte, als wenn man die auf das höchſte Strafquantum gehende Klage allein angeſtellt hätte [7]). Und zwar galt dies ſowohl wenn reine Pönalklagen, als wenn ſolche und actiones mixtae konkurrirten, und war in der That der richtigſte Ausweg, um den Grundſatz der abſoluten Gerechtigkeit, wie er im öffentlichen Strafrecht galt, mit dem im Privatſtrafrecht vorherrſchenden Intereſſe der Genugthuung an den Verletzten in Einklang zu bringen [8]).

---

1) Man berief ſich mit Unrecht auf l. 67 §. 2 D. de furt. (47. 2). Savigny D. p. 9. Schröter D. §. 8. Mittermaier N. Arch. II. 250. Wächter I. S. 255. 256. Es iſt jedoch nicht minder unrichtig, wenn Schröter Hdb. §. 165, Henke I. 613 u. A. den Fall der l. 67 §. 2 zum fortgeſ. Verbr. im neueren Sinn rechnen und dieſen Begriff hiemit dem röm. Recht unterſchieben, in welchem der Grund, warum hier nur Eine Klage ſtattfand, ein ganz andrer war. Krug S. 39. 40.

2) A. M. Schröter, Henke ſ. vor. Not. u. Wächter in Hinſicht auf den Ehebruch I. S. 250 unt. 253. n. 100 i. A.

3) Schröter Hdb. S. 204—206. v. Savigny Syſt. V. 204 f. Rein S. 251—261. Kierulff Civilrecht I. 241 ff. Göſchen Vorleſungen üb. d. CivilR. I. §. 156—159. Wächter Wirt. Priv.R. II. 455 ff.

4) L. 14 D. de accus. (48. 2). Suet. Tit. 8. Gegen v. Savigny V. 207. 251 f. Platner p. 148. vgl. Wafelaer p. 36.

5) Roßhirt Entw. S. 128—133. Platner p. 147—150. Es iſt hier nicht Alles ganz klar, eben wegen des ſyſtemloſen u. fragmentariſchen Zuſtands der Geſetzgebung. Platner p. 151—153.

6) Rein findet dies auch wirklich ausgeſprochen in l. 53 pr. D. de O. et A. (44. 7). u. l. 43 §. 1 D. de R. J. (50. 17). l. 6 §. 4 D. naut. caup. (4. 9). l. 4 §. 3 D. de nox. act. (9. 4) u. l. 9 D. de arb. furt. caes. (47. 7). Die letztere Stelle gehört jedoch jedenfalls nicht hierher, und die beiden erſteren werden von Andern anders ausgelegt. vgl. Schröter S. 205. Roßhirt S. 119. 120, u. wieder ganz anders v. Savigny V. 238 f. Wafelaer p. 22. Bosch-Kemper p. 196 sq. Ueber ältere Anſichten ſ. Savigny Diss. p. 42—46.

7) L. 41 §. 1 D. de O. et A. (44. 7) u. l. 34 pr. eod. L. 1 D. vi bon. rapt. (47. 8). L. 88 D. de furt. (47. 2). L. 1. 11 D. de arb. furt. caes. (47. 7). L. 47 D. ad l. Aqu. (9. 2). j. l. 32 D. de O. et A. (44. 7). l. 60 D. eod. u. l. 130 D. de R. J. (50. 17). vgl. Schröter S. 204. Rein S. 257. 258.

8) A. M. v. Savigny V. 237 f. (der die Verbrechenskonkurrenz einmiſcht). ſ. dag. auch Göſchen a. a. O. S. 454 f. 460 f. Schrader Inst. p. 690. vgl. auch

Trafen dagegen öffentliche Strafklagen mit Privatstrafklagen zusammen, so ist gewiß, daß die Strafen der crimina ordinaria mit Privatstrafen kumulirt werden konnten, wenn es bei diesen de re familiari sich handelte [1]). War letzteres nicht der Fall, so war die Konkurrenz eine elektive [2]). Handelte es sich dagegen um ein crimen extraordinarium, so ist es bestritten, ob kumulative oder elektive Konkurrenz die Regel ausmachte [3]). Nach dem gleichen Prinzip konnten endlich natürlich auch Privatstrafklagen mit reinen Privatentschädigungsklagen kumulirt werden [4]). Von diesen Bestimmungen des römischen Rechts sind jedoch alle diejenigen, welche sich auf reine oder gemischte Privatstrafklagen beziehen, antiquirt [5]). Nach heutigem Rechte beschränkt sich die ganze Lehre auf die zwei Sätze, daß ein einfaches Verbrechen nur einfach bestraft werden darf und daß die öffentliche Bestrafung die Schadensersatzforderung nicht ausschließt. Indessen ist natürlich durch den ersteren Satz eine Mehrheit von Strafübeln, wenn diese von dem Gesetze für den betr. Fall kopulativ angedroht sind, nicht ausgeschlossen (z. B. Freiheits- und Ehrenstrafe, oder öffentliche Strafe und Stellung unter polizeiliche Aufsicht, öffentliche Strafe und ein Privatrechtsnachtheil). — An den Grundsätzen des römischen Rechts über Konkurrenz der Verbrechen hat das kanonische lediglich nichts geändert [6]). Desgleichen wurde der Grundsatz quot delicta tot poenae

---

noch Thibaut civil. Abh. S. 180 f. Keller Litiskontest. §. 50. 55. v. Wangerow Pandekt. III. §. 572. Wächter W. Priv.R. II. 462—464. n. 11. 12.

1) L. 4 D. de publ. jud. (48. 1). l. un. C. quando civ. act. (9. 31). L. 13 j. 3 D. ad l. Jul. pec. (48. 13). L. 23 §. 9 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1 §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 2 §. 1 D. de vi bon. rapt. (47. 8). l. 3 §. 2 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6) u. l. 7 C. eod. (9. 12). — L. 25 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 9 §. 2 D. de dolo (4. 3). — l. 7 §. 1 D. de injur. (47. 10). j. l. 2 §. 4 D. de collat. (37. 6). A. M. J. Gothofr. ad C. Th. 9. 20. Dagegen jetzt und früher die comm. op. s. Wächter I. S. 259 u. jetzt auch Roßhirt Entw. S. 134.

2) Nach l. un. C. quando civ. act. (9. 31) u. l. 7 §. 1 D. de inj. (47. 10). Cujaz Obs. XX. 26. u. paratitla zu C. 9. 31. Finestres l. c. §. 77. 88. Auf die Injurien beschränken es Savigny Diss. p. 94 sq. Gruner in Martin Coll. I. p. 112 sq. c. 3. Roßhirt S. 137. — Ueber die elektive Konkurrenz der Strafklage u. der actio de moribus beim adulterium vor Justinian (anomal) s. Savigny p. 100. Platner p. 155. vgl. überh. diesen p. 153—161.

3) Für ersteres l. 9 §. 5 j. l. 1 §. 2. l. 12 pr. D. de publican. (39. 4). l. 5 D. de extraord. crim. (47. 11). vgl. l. 9—11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 1 D. de concuss. (47. 13). j. l. 3 C. de cond. ob turp. caus. (4. 7) ꝛc. Savigny Diss. p. 114—116. Für letzteres l. 56 §. 1 D. de furt. (47. 2). Finestres §. 87. 89. Gruner l. c. p. 122. 123. s. jed. p. 124. vgl. Platner p. 161—168.

4) L. 7 §. 1 D. de condict. furt. (13. 1). l. 5 §. 2 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 29 pr. D. depos. (16. 3). l. 5 §. 8 D. commod. (13. 6). l. 22. §. 7 D. mand. (17. 1). l. 45 D. pro soc. (17. 2). l. 54 §. 3 D. de furt. (47. 2). Dag. stellt Rein S. 261 (vgl. v. Savigny V. 233) die l. 15 §. 46 D. de inj. (47. 10) mit Unrecht hierher (Schröter S. 206 Note), ebenso die l. 6 pr. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5), soweit sie das stuprum betrifft. s. l. 34. pr. D. de O. et A. (44. 7). L. 2 §. 3 D. de priv. del. (47. 1). l. 2 §. 26 D. vi bon. rapt. (47. 8). l. 7 §. 1 D. commod. (13. 6). Wächter W. Priv.R. a. a. O. n. 3. 11. 12.

5) Eine Ausnahme macht das wirt. Ges. üb. privatrechtl. Folgen. Art. 17 (die actio injur. aestim. konkurrirt elektiv mit der Klage auf öffentliche Strafe). — A. M. Roßhirt Entw. S. 146.

6) c. 27 X de sent. excomm. (5. 39). c. 1 X de poen. (5. 37).

von der italienischen Jurisprudenz durchaus als Regel festgehalten [1]). Ja diese gieng zum Theil soweit, daß sie ihn nicht nur in Fällen, die man jetzt als bloß fortgesetztes Verbrechen ansieht [2]), sondern selbst in solchen Fällen anwandte, wo in Wahrheit nur Ein einfaches Verbrechen vorliegt (wenn Jemand einen Andern gleichzeitig mehrfach verwundet, injuriirt, oder verwundet und sofort tödtet [3]); ja sogar, wenn er mit einem zweizackigen Instrument gleichzeitig zwei Wunden beibringt) [4]). Allein dieser Rigorismus war keineswegs allgemein anerkannt. Vielmehr wurde in den letztgenannten Fällen von den Meisten nur Ein, wenn auch erschwertes, Verbrechen angenommen, so namentlich bei einer gleichzeitigen Häufung von Injurien [5]) oder Blasphemieen [6]); — bei einer uno impetu verübten mehrfachen Verwundung und Tödtung [7]). Es wurde ferner mit Recht geltend gemacht, daß in Einem Delikt nicht noch dessen einzelne Bestandtheile besonders gewürdigt und bestraft werden dürfen, z. B. bei einer Verwundung das Führen einer Waffe und der insultus [8]). Man gieng aber auch weiter und behauptete, daß bei mehrfacher Qualifikation Eines Delikts nur wegen Einer Qualifikation gestraft werden dürfe [9]). Ja noch mehr, selbst bei wirklicher idealer Konkurrenz, wo das eine Delikt keineswegs zum Thatbestande des andern gehörte, wurde theilweise die Zufügung der bloßen poena major mit Schärfung vertheidigt [10]). Und zwar wurde in allen diesen Fällen, selbst mit Berufung auf das römische Recht, bereits der Satz geltend gemacht, daß das größere Delikt das geringere absorbire [11]).

---

1) vgl. Wächter Lb. I. 250—256, dem Roßhirt Entw. S. 138 f., Marezoll S. 194. n. 2 folgen, der jedoch nach dem Folgenden sehr der Berichtigung bedarf.

2) namentlich bei fortgesetztem Ehebruch (Bartol. ad l. 21 D. de furt.), bei fortgesetzter Fälschung behufs der Gewinnung Eines Prozesses, bei fortgesetztem Verkauf von Wein zu einem gesetzlich verbotenen Preise (Bartol. ad l. 67. §. 2 D. eod.) ꝛc.

3) Dynus u. A., bes. Bartol. ad l. 2 D. de priv. del., der sagt, das Gegentheil annehmen hieße totum destruere mundum. Clar. §. fin. qu. 84. n. 2. 3. Alberic. Statut. lib. 2. qu. 41.

4) Clar. qu. 84. n. 3. vgl. übrigens Bajard. ad h. l. Farin. qu. 22. n. 12.

5) Dabei wollten einige aber doch wieder unterscheiden, ob die Injurien ejusdem od. diversi generis seien, und nur ersterer Falls die mildere Meinung zulassen. s. schon die Glosse, Bart. ad l. 15 §. 2 D. de injur. Alberic. l. c. qu. 39. Angel. u. August. v. verba injur. n. 6. Covarr. var. resol. II, 10. n. 8. v. 2.

6) Tib. Dec. VI. 5. n. 14. Caepoll. Cons. 76. 77. Boer. Dec. 30. n. 16. Auch hier wollten übr. Dynus, Albericus u. A. nach statut. Recht für jede, resp. jede gegen einen besondern Heiligen ausgestoßene Schmähung je die volle Strafe ausgesprochen wissen.

7) Bart. ad l. 2 D. de priv. del. Ang. ad l. 67 §. 2 D. de furt. Covarruv. l. c. Petr. a Plach. Epit. del. I. c. 1. n. 8. v. 3. Bertaz. Cons. II. 520. n. 1. Bei mehreren Verwundungen uno impetu wurde nach statut. Rechte ebenso gestritten, wie bei der Injurie und Blasphemie. s. Farinac. qu. 22. n. 6—15 (wo mehrere Mittelmeinungen angef. sind). s. auch Damhouder c. 77. n. 4. Angel. v. fecit insult. n. 2. August. ad h. l. u. Gandinus ib. cit.

8) Gloss. zu l. 9 C. de accus. u. Clar. u. A. bei Farin. ib. n. 20.

9) Aug. ad Ang. v. in platea n. 20. Clar. u. A. bei Farin. n. 21.

10) Farin. qu. 22. n. 22—25, selbst bei Konkurrenz verschiedener Verbrechen in verschiedenen Handlungen zu Einem Zweck.

11) Mit Unrecht läugnet dies Wächter a. a. O. s. z. B. Angel. v. fecit insult. n. 2. Decian. VI, 5. n. 14. Farin. n. 19. 21 und die hier Angeff. Allerdings hatte der Satz nur erst eine sehr beschränkte Bedeutung. s. indessen auch Farin. n. 32 u. die dort Angeff., welche ihn überall angewandt wissen wollen, wo durch die Wiederholung dem Verletzten kein neuer Schaden geschehe.

Besonders aber wurde bereits ein im Ganzen richtiger Anfang zu der wahren Würdigung des fortgesetzten Verbrechens im modernen Sinn gemacht, so beim Ehebruch [1]) und der Fälschung [2]). Hinsichtlich der Anwendung mehrerer wegen Konkurrenz verwirkter Strafen wurde es von den Meisten sehr streng genommen und namentlich die Regel aufgestellt, daß mit der kleinsten Strafe anzufangen, dann aber alle weiteren bis zur Todesstrafe zuzufügen seien, soweit es irgend physisch angehe [3]), jedoch gleichfalls nicht ohne Widerspruch (unter Aufstellung des Satzes: Poena maj. abs. minorem). — Hiernach ist es nicht richtig, wenn der Ursprung dieses Satzes in der ital. Jurisprudenz geläugnet wird [4]). Allerdings aber erhielt er eine erweiterte Geltung [5]) erst in der deutschen Doktrin u. besonders durch Karpzov [6]), obwohl auch dieser den Satz: quot-tot durchaus als Regel hinstellte. Denn er ließ nun gleichwohl in einer Reihe von Fällen den Satz: Poena major ꝛc. zur Geltung kommen oder wollte doch nur die Strafe des schwersten Verbrechens mit Schärfung angewandt wissen. Die Doktrin der Italiener hatte ihn nämlich, wie er selbst gesteht, ganz verwirrt, und er half sich damit, daß er unter gänzlichem Verzicht auf alles Eingehen in das Innere der Sache [7]) sich lediglich an die Frage hielt, welche Strafen kompatibel seien und welche nicht, wobei er theils aus Farinacius, theils aus der sächs. Praxis schöpfte, welche noch bis in's 19te Jh. dem Grundsatz der Absorption, resp. der Schärfung der poena major treu geblieben [8]) ist. Eben durch diese Wendung der Doktrin wurde die Praxis nothwendig willkührlich, da Begriff und Arten der Konkurrenz gleichgiltig und unverständlich wurden, über die Kompatibilität der Strafen aber, wie die von C. bescheinigte Praxis zeigt, das subjektive Belieben

---

1) Gloss. z. l. 21 D. de furt. Baldus u. A. b. Farin. n. 17. 18. Schon zu sehr generalisirt erscheint der Satz b. Bertaz. Cons. I. 24. 25. II. 520.

2) Bart. ad l. 67 §. 2 D. de furt. Socin. Cons. 62. n. 8 sq. Covarruv. l. c. Bertaz. l. c. Farin. n. 26. 27.

3) s. das Nähere bei Farin. n. 30. 31., der die Rohheit dieser Ansicht sehr scharf tadelt und jedenfalls für die Todesstrafe den Grundsatz: poena major absorbet min. aufgestellt wissen will (wie es auch in Rom Regel sei), freilich aber in der Annahme der Inkompatibilität seinerseits zu weit geht. — Auch Hefftter §. 164 zu n. 6 faßt die ital. Doktrin theilweise irrig auf; ebenso Mittermaier n. l. z. F. §. 126.

4) Carpzov hat daher nicht so Unrecht, wie Wächter u. nach ihm Andre ihm vorwerfen. Ganz oberflächlich ist Roßhirt Entw. S. 138—141, der in blindem Vorurtheil für „die tiefe Philosophie" des röm. Rechts die ganze Arbeit der neueren Wissenschaft in Beziehung auf die gehörige Sonderung der Verbrechens- u. Klagenkonkurrenz und der Arten beider leichtfertig über Bord wirft.

5) Die Italiener brauchten ihn Anfangs nur in einem Fall bloß scheinbarer Konkurrenz, wo er wahr, aber ganz überflüssig erschien; doch blieben sie bereits hiebei nicht stehen.

6) qu. 132. Wächter hat nicht bemerkt, daß C. n. 11—17. u. 64 lediglich aus Farinac. abschreibt! K. legt also keineswegs den Italienern mit Unrecht etwas unter, und er eifert auch nicht gegen sie; er kommt nur nicht mit ihnen zurecht und giebt dem bei ihnen vorgefundenen Satze: Poena maj. etc. eine rohe und willkührliche Wendung, die jene freilich nicht verschuldet haben. Werthlos ist die, dogmengeschichtlich gänzlich oberflächliche, Polemik gegen diesen Grundsatz bei Sander S. 363 f. Bauer Abh. II. 54 f.

7) Auch Roßhirt schreibt es ohne allen Grund nach, daß Carpzov für die römische Regel geeifert habe. Er giebt sie vielmehr geradezu Preis!

8) Krug S. 4. vgl. Püttmann Elem. §. 33. 87.

entſchied [1]). Daß aber die Praxis in dieſer Willkühr ſich forterhielt, bezeugen auch die ſpäteren Schriftſteller durchaus [2]). Der Unterſchied war nur, daß hier mehr, dort weniger Strenge herrſchte, d. h. daß man hier in mehreren Fällen Kompatibilität annahm, dort in wenigeren. Weitaus die herrſchende Regel war aber die der Abſorption oder mindeſtens der bloßen Schärfung der poena major [3]). Hiegegen vermochte auch die Doktrin nichts, ſolang ſie nur einfach die römiſche Regel entgegenhielt und etwa noch kriminalpolitiſche Bedenken ausſprach, dabei aber die Lehre von der Sache ſelbſt, d. h. der Konkurrenz der Verbrechen und Strafen ganz brach liegen ließ. Sie vermochte nur die von Carpzov geübte Willkühr ebenſo willkührlich zu beſchränken [4]). Und ſie vermochte auch dies um ſo weniger mit Erfolg, da man nach und nach anfieng, für die Regel der Abſorption die P.G.O. (Art. 108. 163) zu Hilfe zu nehmen [5]). Eine gründliche Verbeſſerung der in Anarchie gerathenen Lehre wurde daher erſt dadurch angebahnt, daß man im 18. Jh. wieder den Begriff der Konkurrenz ſelbſt in's Auge zu faſſen und ihre verſchiedenen Arten zu unterſcheiden, namentlich auch auf die Eigenthümlichkeit des fortgeſetzten Verbrechens zu reflektiren begann, d. h. daß man die Sache ſo wieder aufnahm, wie ſie ſchon in der italieniſchen Jurisprudenz ſich entwickelt hatte. Nur freilich blieben dieſe Verſuche lange ſehr unvollkommen [6]),

---

1) So wird z. B. als Regel aufgeſtellt, neben einer Todesſtrafe könne eine zugleich verwirkte Leibesſtrafe nicht ſtattfinden, gleichwohl aber bei verwirkten mehreren Todesſtrafen eine Schärfung durch Griffe mit glühenden Zangen u. a. Martern zugelaſſen; es wird die Verbindung von Stäupung u. Handabhauen verworfen, dagegen die von Stäupung u. Fingerabhauen zugelaſſen u. ſ. f.

2) A. M. Wächter u. nach ihm Marezoll. ſ. aber beſ. Leyser sp. 644. m. 3—5, der geſteht, er habe den Satz: poena maj. ꝛc. für ein Axiom der Praxis gehalten u. ſtets befolgt, bis er durch ſeinen großen Oheim Carpzov davon überzeugt worden ſei, daß die Geſetze den Grundſatz quot-tot ausſprechen; Böhmer ad C. qu. 132. obs. 1. i. A.

3) Nur bei geringeren Strafen übrigens wird eine Abweichung von der herrſchenden Regel bezeugt. ſ. Böhmer a. a. O. a. E. Schöpff. §. 14 sq. Leyser sp. 575. m. 5. sp. 644. m. 3—5. (der mindeſtens zeigt, daß er es mit der umgekehrten Regel ſehr ungenau nahm), Püttmann Elem. §. 87. Quiſtorp §. 88—90. G. J. F. Meister Princ. §. 114. Tittmann §. 100. Klein §. 156—163. beſ. aber den C. Max. I, 1. art. 36. nebſt der Anm. u. die Theres. art. 14.

4) So wurde freilich behauptet, die herrſchende Praxis gebe einen Freibrief zu Verbrechen; Böhmer, Leyser l. c. Willenberg de imp. delinqu. ad mort. condemn. §. 36. Gleichwohl gaben die erſteren den Satz: Poena maj. zu, wenn Inkompatibilität eintrete, was ſehr willkührlich angenommen wurde, — wenn Eine Strafe zur Erreichung der Zwecke der Juſtiz genüge, — wenn durch die Verbindung der Strafen unvernünftige Grauſamkeit entſtehe. ſ. ſelbſt noch Tittmann §. 100. Wie willkührlich man es aber eben mit der Kompatibilität nahm, zeigt nicht etwa bloß Böhmer l. c. beſ. a. E., ſondern auch die Späteren, beſ. Quiſtorp u. Klein, welcher nur Geld- u. (nur relativ) auch Ehrenſtrafen mit einander und mit andern Strafen für kompatibel hält, ſonſt überall Verſchärfung der poena maj. will, und auch dies nur wegen nicht unbedeutender Delikte. Quiſtorp u. die Anm. zum C. Max. halten faſt noch ganz an Carpzov feſt. vgl. auch Schultz c. 3. §. 6. Schöpf l. c. Koch inst. §. 161—163.

5) ſ. z. B. Beyer Delin. j. crim. ad art. 163 CCC.

6) So wirft die Anm. a. zum C. Max. den Fall der l. 32 §. 1 D. ad l. Aqu. (ſcheinbare Konkurrenz), ideale Konkurrenz, gleichzeitige K. verſchiedener Verbrechen in verſchiedenen Handlungen zu Einem Zweck (Farinac.), fortgeſ. u. wiederholten Ehebruch in Einen Topf, u. will nur im 2. u. 3ten Fall eine Schärfung der Hauptſtrafe.

da man wahre und bloß scheinbare Konkurrenzfälle durcheinander warf, im Eintheilungsprinzip selbst schwankte [1]), den Begriff des fortgesetzten Verbrechens ganz äußerlich faßte, und die Fragen über Konkurrenz der Verbrechen und Konkurrenz der Strafen nicht unterschied [2]). So konnte es auch geschehen, daß selbst die alten willkührlichen Grundsätze über Kompatibilität der Strafen sich mehrfach noch bis in die neuere Zeit her fortpflanzten. Endlich gereichte zu neuer Verwirrung die schon früher aufgekommene Rücksichtnahme auf einige Stellen der P.G.O., denen man nunmehr, seit man zwischen idealer u. realer Konkurrenz eine festere Grenze gezogen hatte, die Geltung eines Prinzips für die ideale Konkurrenz überhaupt beizulegen anfieng [3]). Andre nämlich (und wohl die Mehrzahl) bestritten dies [4]). Es ist aber nicht auszumachen, welche Parthie Recht hat. Beide Artikel der P.G.O. sprechen Sätze aus, die bei den Italienern ihrer Zeit zur Geltung gekommen waren und schon in der ital. Jurisprudenz (s. o.) die offenbare Tendenz zur Verallgemeinerung für die ideale Konkurrenz überhaupt zeigten [5]). Gewiß ist nur, daß die neuere Gesetzgebung trotz der Mehrheit der Doktrinäre eben dieser Tendenz Recht gegeben hat. Soweit sich über die Entwicklung der Doktrin und Praxis etwas Allgemeines angeben läßt, so ist gewiß, daß noch der C. Max. auf einer ganz an Carpzov sich haltenden Praxis beruhte. Bei idealer Konkurrenz [6]) und fortges., wie wiederholtem Ehebruch wird nur Ein (im ersten Fall erschwertes) Verbrechen angenommen. Außerdem wird für gleichartige und ungleichartige reale Konkurrenz die Regel der Absorption aufgestellt [7]), und nur ausnahmsweise theils bei mehreren Kapitalverbrechen eine Schärfung der ordentlichen Todesstrafe, resp. Verwandlung in eine härtere oder langsamere, theils eine Verbindung von Geld- Gefängniß- Relegations- u. dgl. Strafen vorgeschrieben [8]). Die Theres. stellt dagegen allerdings den römischen Satz voran, läßt aber gleichwohl denselben überall nur für ungleichartige Kon-

---

1) Noch Klein u. Quistorp schließen wiederholtes Verbrechen von der Konkurrenz aus.

2) Dieser Mangel erhielt sich am längsten.

3) s. Böhmer l. c. u. med. ad art. 163. §. 1. Quistorp §. 88. not. e. Koch §. 158 b. Paalzow Comp. §. 140. Martin §. 65 (nicht er beruft sich zuerst auf den Art. 108. s. Böhmer l. c.). Heffter §. 164. Relativ Henke I. 621. u. in andrer Weise Grolman §. 175. Feuerbach §. 131. Sehr verworren Roßhirt Entw. S. 142—145.

4) z. B. Leyser sp. 575. m. 5. Gerstlacher Hdb. d. Deutsch. Reichsges. XI. 2838. Tittmann §. 100. (Relativ) Henke a. a. O. Ziegler Theorie d. Strafschärfung §. 94—96. Savigny D. p. 121. Schröter Hdb. §. 169. Wächter I. S. 254. Marezoll S. 194. n. 2. S. 197. n. 3. Roßhirt Entw. S. 142. 143. Sander S. 288—291. Bauer Abh. II. 57—59.

5) Jedenfalls ist der Beweis, den Schröter aus andern Bestimmungen der P.G.O. über „verhüllte Konkurrenzfälle" führt, unstichhaltig (s. auch Roßhirt a. a. O.). Wächter u. Marezoll beachten die ital. Jurisprudenz nicht.

6) Dahin wird gerechnet: Ehebruch, Nothzucht, Incest und Entführung „in Einem untheilbaren Akte".

7) Hinsichtlich der Nichtkompatibilität wird ganz auf Carpzov verwiesen, und nur für einzelne Fälle, wie crim. maj., eine Ausnahme gemacht.

8) Dagegen heißt es wieder in den Anm., daß nach Herkommen Maleſiz- u. niedergerichtliche Strafen nicht kompatibel seien. I, 1. art. 35. a. E. 36.

kurrenz gelten [1]), und auch hier wird jener Satz nur bei Konkurrenz von Leibesstrafen mit Dienstentsetzung u. a. Ehrenstrafen, oder von Geld- mit Gefängniß oder Ehrenstrafen angewandt, sonst aber die Regel: Poena maj. aufgestellt [2]). Dagegen scheint nun mit dem Fortschritt in der Humanisirung des Strafensystems immer mehr der Grundsatz sich Geltung verschafft zu haben, daß wenigstens bei der realen Konkurrenz die verschiedenen Strafen auch wirklich mit einander verbunden werden müssen, wo es physisch und moralisch irgend möglich sei [3]) (also nur dann nicht, wenn die schwerste Strafe in Todesstrafe bestehe, oder die Verbindung mehrerer Leibesstrafen in Todesstrafe ausarten würde ꝛc.). Für den Fall der physischen oder rechtlichen Unvereinbarkeit wollten dann aber die einen bloß die poena major schärfen [4]), wogegen Andre dies nur als ultimum remedium zulassen, d. h. nur für den Fall, wenn sich nicht mittelst Verwandlung eine der Summe der verdienten inkompatibeln gleiche Gesammtstrafe herausbringen lasse [5]). Dies ist nun allerdings das Richtige; jedoch wurde dabei häufig der wichtige Punkt ganz übersehen, daß durch die Verbindung die vereinigten Strafen an Intensität zunehmen, mithin eine größere Strafe als die eigentlich verdiente herauskommt, daher die Gerechtigkeit einen entsprechenden Abzug an der Extensität verlangt [6]). Erst die neuere Wissenschaft hat auch diesem Punkte sein Recht angedeihen lassen [7]), wenn gleich keineswegs vollständig (s. u.). Uebrigens hat sich theilweise noch immer die falsche Ansicht erhalten, als ob die Konkurrenz mehrerer Verbrechen einen Schärfungsgrund bilde [8]), eine Ansicht, die freilich mit der herkömmlichen Auffassung des Rückfalls harmonirt und daher von den Meisten, insofern sie diese

---

1) Noch so oft wiederholt, ist das gleiche Verbrechen nur als Eines zu strafen.

2) nur bei konkurrirenden überschweren Kapitalverbrechen soll Schärfung der Todesstrafe mit Zangengriffen, Schleifen, Handabhacken, Zungenausreißen ꝛc. stattfinden; auch soll in schwereren Fällen Pranger mit Ruthen, Schilling, Brandmarkung, Schanzarbeit u. dgl. ausnahmsweise kompatibel sein. Art. 14. Naiv ist §. 3; bei Konk. von Mord u. Diebstahl soll der Thäter gerädert und „zum Zeichen des Diebstahls ein Galgen auf das Rad gemachet" werden.

3) s. z. B. Kleinschrod III. §. 104—107. vgl. mit Barnbüler, Koch, Quistorp, Klein, Schulz u. A. — s. auch v. Globig u. Huster Abhandl. S. 86—90.

4) Kleinschrod a. a. O. Feuerbach §. 130—132. Henke I. 624. Martin §. 66. Gesterding im N. Arch. V. 480. Hefftter §. 168. n. 6. Mittermaier n. 4 z. F. §. 126 (vag).

5) Grolman §. 123—125. Gerstlacher a. a. O. S. 2841. Ziegler a. a. O. S. 102. Tittmann §. 100. Schröter Diss. §. 19—22. Oersted S. 407. 410. Wächter I. S. 257. 258 (der doch wohl zu sehr am Buchstaben hängt). Roßhirt Entw. S. 152. 153. Abegg §. 163. Marezoll S. 197. 198. vgl. die treffende Bem. v. Jarcke I. 322. n. 33. Manche gaben die Strafverwandlung wenigstens bei unbestimmten Strafgesetzen zu. z. B. Martin §. 66. Henke I. 624. Hefftter §. 166. n. 2. Hommel rhaps. qu. obs. 246. n. 5. u. A.

6) so bei Schröter Hdb. §. 168. 169. Wächter, Abegg, Hefftter, Sander, Marezoll a. a. O. (s. jedoch diesen S. 198 unt.). Roßhirt S. 149—153. Martin §. 65.

7) Jenull I. 319. Henke I. 622. 623. Bauer Abh. II. 41 ff. Kitka Verfahren bei Abfass. d. Gbücher S. 124. Wirtemb. Mot. S. 103. Mittermaier n. 4 z. F. §. 125. Schüler Beitr. S. 41. Trefurt S. 421. Breidenbach I. 2. S. 521. Krug S. 5 unt. Hye S. 451. 452. N. Rev. S. 884. 885.

8) s. dag. Wächter I. §. 123. Tittmann §. 100. Feuerbach §. 129. Hefftter §. 164—166. Sander S. 357.

theilen, mit Unrecht verworfen wird [1]). Ebenſo unrichtig iſt es freilich andrerſeits, wenn Manche in der Konkurrenz einen Milderungsgrund erblicken [2]). Die Praxis der Länder des gem. Rechts war freilich nicht gleichförmig. So z. B. folgte die ſächſiſche den alten von Karpzov befolgten Regeln [3]). Die wirtemb. und die heſſiſche dagegen befolgten das römiſche Prinzip, die letztere ſogar in der Weiſe, daß ſie wegen der Mehrheit von Verbrechen noch einen ſchärfenden Zuſatz machte [4]). Die badiſche rechnete bei wiederholten Verbrechen die Strafen einfach zuſammen, zog dagegen bei ungleichartiger realer Konkurrenz an den Strafen der geringeren Delikte $^1/_3$ ab [5]). Wenn indeſſen in Beziehung auf die reale Konkurrenz die commun. opinio unbezweifelt für das Prinzip: quot-tot war [6]), ſo wurde dagegen bei der idealen Konkurrenz von ſehr vielen theils aus poſitivrechtlichen [7]), theils aus allgemeinen Gründen [8]) der Grundſatz: poena major abs. min., oder doch die bloße Schärfung der Strafe des ſchwerſten Verbrechens vertheidigt; ſoweit es aus allgemeinen Gründen geſchieht, mit Unrecht [9]), da der Eine Akt verſchiedene Entſchlüſſe und verſchiedene Thatbeſtände involvirt, mithin nur dann (bloß theilweiſe) Konkurrenz angenommen werden kann, wenn der Thatbeſtand der konkurrirenden Verbrechen theilweiſe dem Begriff nach gemeinſchaftlich iſt [10]). Die Praxis iſt jedoch allerdings der milderen Meinung

---

1) Konſequenter iſt daher Breidenbach S. 517. ſ. beſ. Trefurt S. 415—422.

2) Wächter I. S. 257. Tittmann, Feuerbach, Roßhirt, Heffter, Sander a. a. O. Abegg §. 162 (welche jedoch ſämmtlich, bald aus allgemeinen, bald aus poſitiven Gründen dem Prinzip ungetreu werden, daher Mittermaier u. Krug konſequenter ſind), Bauer Abh. II. 61. Breidenbach I. 2. S. 517. Marezoll S. 194. n. 1. Hepp im Komm. ſieht in der Konk. das eine Mal einen Schärfungs-, und ſpäter einen Milderungsgrund, kommt aber zuletzt auf das Richtige. vgl. noch Henke I. 626. n. 5.

3) Püttmann Elem. §. 33. 87. Krug S. 4. Weiß S. 212. Mot. z. neuen Entw. S. 152.

4) Hufnagel I. 249—254. Breidenbach I. 2. S. 518.

5) Sander S. 360, 361, der gerade das Gegentheil für richtig hält, jedoch mit Unrecht. Freilich war auch der Grundſatz der Praxis nur theilweiſe richtig.

6) A. M. Sander (wenigſtens für das wiederholte Verbrechen), Krug, Mittermaier (ſ. o.).

7) Feuerbach §. 131 u. Grolmann §. 175 (wenn Verbr. derſelben Gattung ideell konkurriren). Allgemein Koch §. 158 b. Böhmer ad C. qu. 132. obs. 1. Quiſtorp §. 88. not. e. Paalzow §. 140. Stübel Krim.Verf. III. §. 1205. c. Martin §. 65. Heffter §. 164. Sehr unklar Roßhirt Entw. S. 143—145 vgl. aber 146. 150. 152. Was Henke I. 621. (vgl. Marezoll S. 197. n. 3) in der P.G.O. Art. 108 findet, hätte übrigens Wächters Widerſpruch nicht erregen ſollen!

8) Klein §. 157. 159. Kleinſchrod III. §. 102. Abegg §. 162 (ſehr unbeſtimmt). Bauer Lb. §. 156. Abh. II. 63—66. Sander S. 368—372. Trefurt S. 421. Mittermaier n. 1 z. F. §. 131. Leonhardt I. 454. Krug S. 2. Breidenbach S. 561. Beide letzteren berufen ſich auf Abegg. Wenn aber Breidenbach, der ſelbſt dieſer Anſicht nicht iſt, meint, ſie ſei die comm. opinio, ſo irrt er ſehr. Denn A. M. ſind (theilweiſe) Feuerbach u. Grolman, u. ganz Tittmann, Henke, Schröter, Roßhirt, Wächter, Jarcke, Heffter, Marezoll ꝛc.

9) Feuerbach Rev. I. 340. Oerſted Grundreg. S. 399. Not. N. Rev. S. 881—883.

10) N. Rev. a. a. O. vgl. Savigny Diss. p. 15. Grolman §. 121. a.

(d. h. bald dem Grundſatz der Abſorption, bald dem der Schärfung der poena major) [1]) gefolgt; wenigſtens die ſächſiſche, die wirtembergiſche und die heſſiſche [2]). — Ueber das fortgeſetzte Verbrechen ſ. die vor. Anm. Daß es als Ein Verbrechen zu behandeln ſei, iſt jetzt wohl allgemein angenommen. Nur darüber wird geſtritten, ob es als durch Fortſetzung erſchwert betrachtet werden ſoll oder nicht [3]).

3) Als Reſultat ergiebt ſich aus dem Bisherigen, daß das fortgeſetzte Verbrechen ganz von der Konkurrenz auszuſchließen [4]), bei dieſer aber weder nach der Natur der Sache, noch dem gemeinen Recht ein Grund vorhanden iſt, die ideale Konkurrenz einer andern Behandlung zu unterwerfen, als die reale. Nur hat der Richter den Grundſatz: quot-tot nicht im Sinne einer reinen Zuſammenrechnung, ſondern in der im §. 137 näher angegebenen Weiſe zu verſtehen. Dies iſt denn auch in der neueren Wiſſenſchaft mehrſeitig zur Anerkennung gekommen; nur iſt man dabei mehrfach auf halbem Wege ſtehen geblieben, indem man die Wahrheit, daß die Strafen durch Verbindung intenſiv wachſen, bald nur beim Zuſammentreffen gleichartiger Strafen überhaupt [5]), bald ſogar nur beim Zuſammentreffen mehrerer Freiheitsſtrafen [6]), etwa auch mehrerer Geldſtrafen [7]) ꝛc. gelten ließ. Sie gilt aber in der That nicht nur beim Zuſammentreffen aller und jeder gleichartigen Strafen (zeitlicher Freiheitsſtrafen, Ehrenſtrafen, Gewerbentziehungen, Geldſtrafen) [8]), ſondern auch beim Zuſammentreffen ungleichartiger [9]). Die Konſequenz verlangt daher durchaus, daß in beiden Fällen das gleiche Prinzip zur Anwendung komme [10]). Ja, ſie treibt überhaupt über den Fall der Verbrechenskonkurrenz hinaus. Denn, wenn es mit jenem intenſiven Wachſen überhaupt ſeine Richtigkeit hat, ſo iſt wahrlich nicht einzuſehen, wie und warum es damit

---

1) Eigenthümlich iſt die Anſicht von Bauer a. a. O.

2) Krug S. 4. Hufnagel I. 264. Breidenbach I. 2. S. 561.

3) Letzteres behaupten z. B. Schröter §. 170. Roßhirt Entw. S. 150, allein mit Unrecht. Fakultativ ſtellt es Mittermaier §. 128. a. z. F.

4) A. M. ſind, freilich in ſehr verſchiedener Richtung, Bauer, Sander, Trefurt, Krug.

5) So Bauer Abh. II. 42.

6) Wirt. Mot. S. 103. Kitka Ueb. d. Verf. b. Abfaſſung d. Gbücher S. 124. Schüler Beitr. S. 41. Mittermaier n. 4 z. F. §. 126. Hufnagel I. 250. Krug S. 5 unt. N. Rev. S. 884. 885.

7) Trefurt S. 421. Breidenbach I. 2. S. 536—538. Neuerdings tritt Krug (N. Jahrb. VII. 10 f.) als Gegner auf, der Widerſpruch iſt jedoch nicht ſehr ernſtlich gemeint.

8) Bei körperlichen Züchtigungen, wo ſie trauriger Weiſe noch geſetzlich beſtehen, findet nicht bloß ein intenſives Wachſen, ſondern ſogar ein Umſchlagen in eine höhere Strafart ſtatt.

9) Mit Recht ſprach daher ſchon Jenull den Satz allgemein aus. Geld und Ehre, Geld und Freiheit zugleich verlieren — iſt gewiß ebenſo ein intenſiv ſtärkeres Uebel gegenüber dem zeitlich getrennten Verluſt, als zwei gleichzeitig ausgeſprochene Geld-, resp. Freiheitsſtrafen. Daſſelbe iſt ganz klar bei der Zuſammenrechnung von Ehrenſtrafen u. Freiheitsſtrafen (wo nicht dieſe ſelbſt ſchon entehrend ſind). vgl. Zürch. GB. §. 34, a., ſ. aber freilich eb. c).

10) Namentlich auch dann, wenn Verwandlung eintritt, z. B. einer mehrfach verwirkten Ehrenſtrafe in Freiheitsſtrafe. Nur in Einem, wohl ſelten praktiſchen Falle, iſt kaum zu helfen, wenn nämlich wegen Mißbrauch des Gewerbs Entziehung mehrerer Gewerbe verſchuldet iſt.

nicht auch außer dem Fall der Konkurrenz überall ſeine Richtigkeit haben ſollte, wo mehrere Strafen gleichzeitig, resp. in continuo zu vollſtrecken ſind, ſei es nun, daß vor der Vollſtreckung einer Strafe noch ein dem Erkenntniß vorangegangenes weiteres Verbrechen zur Beſtrafung kommt [1]), resp. zwei Erkenntniſſe zur Vollziehung vorliegen, von denen das ſpätere ein vor Fällung des früheren verübtes Verbrechen betrifft [2]), oder daß vor beendigtem Strafvollzuge ein neues Verbrechen zur Beſtrafung kommt [3]), ſei es früher oder ſpäter begangen worden. Erklärt man den dem intenſiven Plus entſprechenden Abzug bei der Konkurrenz für eine Sache der Gerechtigkeit, ſo geſteht man zu, daß man in den gedachten andern, in der fraglichen Beziehung ganz gleichen Fällen durch Nichtabzug eine Ungerechtigkeit begeht. Läugnet man aber die Allgemeingiltigkeit jener Regel des Abzugs [4]), ſo erklärt man ſie ebendamit zu einem bloßen Privilegium bei der Konkurrenz, und ſtempelt dieſe hiedurch zu einem Strafmilderungsgrund, wogegen man doch ſo ſehr proteſtirt. Allein die Inkonſequenz, einmal zugelaſſen, führt auch noch weiter. Sie wird bei den Fällen der Konkurrenz ſelbſt, d. h. bei mehreren bekannten noch ungetilgten Verbrechen, die nach der Regel in Einem Urtheil abzumachen wären, dann zu einem heilloſen Unterſchiede führen, wenn nach den Grundſätzen des neuen Strafverfahrens nur einige davon zu gemeinſamer Behandlung verwieſen werden, andre aber nicht [5]). Hier wird es alſo vom Zufalle abhängen, ob jener Grundſatz der Gerechtigkeit zur Anwendung kommt oder nicht [6]). — Ebenſowenig iſt die Frage über die Kompatibilität der Strafen zu einem einſtimmigen Abſchluß gekommen. Man iſt zwar einverſtanden über das, was ſich von ſelbſt verſteht, — daß phyſiſch [7]) oder rechtlich [8]) unvereinbare

---

1) vgl. Wirt. GB. Art. 115, 2. Braunſchw. §. 25, 4. 6. Bad. §. 179. Hann. Geſ. üb. d. Verf. in Krim.Sachen §. 26. Bair. Entw. Art. 97. 98.

2) Wirt. GB. a. a. O. vgl. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 17.

3) Roßhirt Entw. S. 148. Bauer Abh. II. 97. 98. vgl. Breidenbach I. 2. S. 522. 523. Sonſt wird die Frage faſt überall ignorirt! ſ. jed. den preuß. Entw. 1843. §. 122. (vgl. Temme Krit. S. 214 f.). Die franz. Jurisprudenz, z. B. Hélie I. 335 sq., wie die öſtreich. (Hye S. 455) vertheidigt gerade die ungerechte Inkonſequenz.

4) Wie dies z. B. nach Wirt. Recht Hufnagel StrfGB. m. Anm. S. 51. 108 thut und thun muß.

5) Hierauf macht Mittermaier n. 4. z. F. §. 126 a. E. aufmerkſam, ohne jedoch die im Texte angegebene Folge gewahr zu werden. ſ. dag. jetzt Krug N. ſächſ. JB. VIII. 142 f., der jedoch S. 135. 136 eine nicht zu rechtfertigende Beſchränkung macht (offenbar, weil er trotz ſeines Proteſtes doch den Strafabzug als ein Benefiz der Konkurrenz anſieht, das durch Geſtändniß verdient ſein müſſe). Es geht daraus hervor, daß ſein ganzes Fundament für die Behandlung der Konkurrenz, das ſich auf moraliſche Erwägungen gründet, nicht haltbar und vielmehr der von ihm angegriffene Grundſatz des wirt. u. bad. GB. der allein richtige iſt, der aber freilich konſequent durchgeführt werden muß. Daß Art. 333 des wirt. GBs aufgehoben iſt, überſieht Krug.

6) Hiergegen iſt Vorſorge getroffen im Wirt. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35. vgl. Heſſ. Geſ. 23. Febr. 1849. Art. 16. Hann. Strafpr.O. §. 227 (?). Sächſ. Entw. Art. 75 u. Motive z. Entw. d. Strafpr.O. Art. 38—40 nebſt Mot. (?). Entw. d. preuß. Strafpr.O. §. 512.

7) z. B. zwei Todesſtrafen, zwei lebenslängliche Freiheitsſtrafen, lebenslängliche und zeitliche Freiheitsſtrafe, zwei Dienſtentſetzungen, Dienſtentſetzung u. Dienſtentlaſſung, entehrende Freiheitsſtrafen u. Ehrenſtrafen u. ſ. f.

8) z. B. mehrere körperliche Züchtigungen, die lebensgefährlich wären; dagegen

Strafen nicht zusammen vollzogen werden können. Allein schon über einzelne Fälle der rechtlichen Unvereinbarkeit ist Streit, noch weit mehr über das, was in solchem Falle zu thun sei? Die einen fordern hier absolut Verwandlung, wo sie nur irgend möglich sei, mithin auch dann, wenn das Resultat der Uebergang in eine qualitativ schwerere Strafgattung wäre, z. B. von zeitlicher Freiheitsstrafe zu lebenslänglicher, von zeitlicher Ehrenstrafe zu lebenslänglicher [1]), von einfacher Freiheitsstrafe zu entehrender, vielleicht wohl gar von Freiheitsstrafe zu Todesstrafe [2]) (?). Andre schließen sie in diesem Fall (mit Recht) aus, lassen sie aber außerdem zu [3]), während wieder Andre von Verwandlung gar nichts wissen wollen [4]), was entschieden willkührlich und (unter Voraussetzung der eben angegebenen Grenze der Verwandlung) eine unnöthige und falsche Humanität ist [5]). Wenn nun aber kein Grund vorhanden ist, warum für eine nicht vollziehbare Ehren-, Geld-, Körperstrafe [6]) nicht eine Surrogatstrafe eintreten sollte, so liegt ebensowenig ein Grund vor, warum nicht sämmtliche Strafarten, die Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe abgerechnet, unter einander kompatibel sein sollten [7]). Dagegen sind zwar dem Buchstaben nach mit der Todesstrafe Vermögensstrafen, körperliche Züchtigung, ja selbst zeitliche Freiheitsstrafen vereinbar [8]); allein die Meisten verwerfen jetzt mit Recht hier jede Nebenstrafe als kleinlich und grausam [9]); und ebenso mit Recht dehnen sie dies auch auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe aus [10]). —

4) Durch die nach Anm. 3 dem Richter obliegende Pflicht eines Strafabzugs wird nun allerdings gegen ein widernatürliches Anwachsen der Gesammtstrafe für konkurrirende Verbrechen einigermaßen Vorsorge getroffen. Allein sie

---

ist man schon wieder nicht einig über die Vereinbarkeit mehrerer zeitlichen Ehren-, resp. Freiheitsstrafen für den Fall, daß sie zu lebenslänglicher Strafe erwüchsen. s. z. B. Tittmann §. 100. not. d. Henke I. 623. vgl. mit Wächter I. S. 257.

1) Der Fall ist leider wenig praktisch, da unsre Gesetze meist überhaupt nur lebenslängliche Ehrenstrafen kennen! s. übr. schon Klein §. 163.

2) Oersted S. 405. Roßhirt Entw. S. 153. Meist wird freilich diese Möglichkeit gar nicht ausdrücklich hervorgehoben, s. z. B. Tittmann §. 100. Wächter I. S. 257. s. dag. Henke I. 624. Marezoll S. 198, wogegen Feuerbach, Kleinschrod ꝛc. zu weit gehen, wenn sie nie verwandeln wollen, und vollends Heffter, der nicht einmal die poena major schärfen will.

3) so namentlich Henke I. 624. not. 4, wornach Wächter S. 257 zu berichtigen ist. Abegg §. 163. Bauer Abh. II. 69—74 (beide zu unbestimmt).

4) s. indessen Martin §. 68. Heffter §. 166. Grolman §. 123—125 (bei unbestimmten Strafgesetzen soll freieres Ermessen zugelassen sein).

5) Oersted S. 407. 410.

6) Nicht entehrende Freiheitsstrafen in entehrende zu verwandeln, ist ungerecht, und nach dem ob. beim Strafensystem Ausgef. unnöthig.

7) Mit Recht erklärt sich jetzt die comm. opinio gegen die frühere Willkühr der Doktrin und Praxis in dieser Hinsicht.

8) Falls der Verurtheilte vorher wegzusterben drohen sollte, könnte man ihn im Sinne der Rigoristen noch auf dem Todtenbette köpfen lassen!

9) Oersted S. 403—405. Roßhirt S. 152. Henke I. 623. Marezoll S. 197. Martin §. 66. Bauer Abh. II. 70. Heffter §. 168. n. 6. A. M. Wächter I. S. 257. j. 254. Breidenbach I. 2. S. 529. Leonhardt I. 474. n. 4.

10) Die wirt. Praxis vor 1839 ließ neben diesen Strafen nur Geldstrafen zu. Hufnagel I. 249.

ſchneidet die Möglichkeit davon nicht ab, da die Möglichkeit, ſo viele und große Verbrechen zu begehen, daß ohne willkührlichen Abzug unvollziehbare Geſammtſtrafen herauskommen müßten, eine unendliche iſt. Wenn es nun in der Natur der Sache liegt und durch eine mehrhundertjährige Erfahrung beſtätigt iſt, daß die Abhilfe dagegen ohne Gefahr der höchſten Willkühr nicht dem richterlichen Ermeſſen allein anheimgeſtellt werden kann, ſo iſt klar, daß hier auf andrem Wege Vorſorge getroffen werden muß. Das bequemſte Auskunftsmittel in dieſen, wie in andern Fällen, iſt die Verweiſung auf die Begnadigung [1]). Allein dem ſteht die praktiſche Unthunlichkeit entgegen, da die Gnade gewiſſermaßen ſtrapazirt würde, und überdies das gegründete Bedenken, daß die Gnade, die nur für außerordentliche Fälle zum Eingreifen berufen iſt, ihrem Charakter entfremdet wird, wenn ſie bei einem konſtant und gleichmäßig ſich wiederholenden Verhältniſſe die Rolle des obligaten Aushelfers ſpielen ſoll [2]). Es iſt auch in der That gar nicht nöthig, auf dieſe letzte Zuflucht ſofort zu rekurriren, eben weil es ſich hier von einem konſtant ſich wiederholenden, in der Natur der Dinge liegenden Verhältniſſe (ſ. §. 137) handelt, deſſen Würdigung der Geſetzgebung nicht verſagt ſein kann, ſondern gerade zu ihrer eigenthümlichen Aufgabe gehört. Fragt ſich nun aber, in wiefern die Geſetzgebung den hier fraglichen Verhältniſſen Rechnung tragen ſoll, ſo läßt ſich das jetzt ſo allgemein beliebte Auskunftsmittel der Privilegirung der idealen Konkurrenz vor der realen [3]) in keinem Falle billigen (Anm. 2. a. E.). Ebenſowenig das der Beſchränkung der Unterſuchung auf die ſchwereren und leichter zu ermittelnden Verbrechen [4]). Allerdings gehört dagegen hierher die Anm. 3 a. E. angef. Beſtimmung über die Unvereinbarkeit andrer Strafen mit der Todes- und lebensl. Freiheitsſtrafe, ferner die nur der Gerechtigkeit entſprechende Beſtimmung, daß von Freiheitsſtrafen nicht zur Todesſtrafe, von zeitlichen Freiheitsſtrafen nicht zu lebenslänglichen, von nichtentehrenden nicht zu entehrenden aufgeſtiegen werden dürfe, ferner der Gebrauch äußerer Schärfungen bei Freiheitsſtrafen, wodurch ſie bei kürzerer Dauer intenſiver gemacht werden können, endlich die Anordnung eines abſoluten Maximums für die Geſammtdauer konkurrirender Freiheits-, den Geſammtbetrag konkurrirender Geldſtrafen. Ueberdies würde aber ſehr viel ſchon allein dadurch gewonnen [5]), wenn die Geſetzgebung theils die nöthigen Reformen im Strafſyſtem (bei den Ehren- u. Freiheitsſtrafen) vornehmen, theils von der unglücklichen Sucht ablaſſen wollte, die Begriffe der Verbrechen in möglichſt viele ſelbſtändige Arten zu zerſpalten, und namentlich aus bloßen Verſuchen eigene Verbrechen zu bilden [6]).

---

1) Bauer Abh. II. 48. 49 (der jedoch auch auf andre Weiſe zu helfen ſucht). vgl. Breidenbach I. 2. S. 523.

2) Deshalb wurde in der N. Rev. S. 887 gefragt, ob nicht die Centralgewalt ihr Vorrecht für die betr. Fälle ein für alle Male delegiren ſollte? Es wurde jedoch dort von einem zu ſkrupulös formellrechtlichen Geſichtspunkte ausgegangen. vgl. übr. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 497.

3) Gerade hierauf legt Bauer das größte Gewicht, und bringt überdies noch die ideale Konkurrenz mit dem fortgeſetzten Verbrechen unter Einen Hut!

4) Hiegegen hat auch Bauer S. 74—84 gerechte Bedenken. vgl. Hufnagel I. 641—649. II. 532. 901—903. III. 143—148. Breidenbach S. 531. A. M. Roßhirt Entw. S. 147 mit mehreren neuen Gbüchern. ſ. aber auch S. 153. 154.

5) N. Rev. S. 883. 884.

6) Nach allem Bisherigen kann es nicht gebilligt werden, wenn mehrfach die

5) Das bisher dargelegte wiſſenſchaftliche Material iſt nun von den neueren Geſetzgebungen [1]) keineswegs ganz glücklich verarbeitet worden. Das preuß. LR. §. 54—57 [2]) zeichnet ſich zwar vor den früheren Gbüchern bereits dadurch aus, daß es den Grundſatz quot-tot in weit größerem Umfange zur Geltung bringt, und vor den neueren dadurch, daß es zwiſchen idealer und realer Konkurrenz nicht unterſcheidet [3]). Indeſſen läßt es doch theils Ehrenſtrafen durch Leibesſtrafen (worunter die Freiheitsſtrafen mitbegriffen ſind) theilweiſe abſorbirt werden [4]), theils läßt es beim Zuſammentreffen mehrerer Leibes- (d. h. Lebens- Freiheits- und Körperſtrafen) nur den Grundſatz der Schärfung der poena major eintreten, und zwar ſo, daß die Summe aller Strafen der verſchiedenen Verbrechen nicht überſchritten werden darf [5]). Von den deutſchen Geſetzgebungen des 19ten Jhs. theilt keine die Anſicht des franzöſiſchen Rechts, welches den Grundſatz: Poena major abs. min. ausſpricht (außer bei Preßvergehen u. einigen andern) [6]). Indeſſen legt die Praxis [7]) das Geſetz ſo aus, daß ſie keinen Anſtand nimmt, die poena major wegen der konkurrirenden geringeren Delikte zu ſchärfen (bis zum Maximum der Strafart). Kommen nach der Verurtheilung früher begangene Verbrechen zum Vorſchein, ſo können ſie nur dann noch unterſucht u. beſtraft werden, wenn ſie eine höhere Strafe erfordern. In dieſem Fall abſorbirt dann die ſchwerere Strafe die geringere (wobei der Kaſſ.hof aber eine inkonſequente Ausnahme dann macht, wenn die ausgeſprochenen Strafen gleicher Art ſind, da er ſie dann bis zum Maximum der Strafart addirt) [8]). Bei

---

Sache ſo dargeſtellt wird, als gebe es 3 Syſteme, das Kumulir-, das Abſorptionsſyſtem und das der Schärfung der poena major, — zwiſchen denen der Geſetzgeber zu wählen habe, — wobei denn das dritte als die richtige Mitte empfohlen, und beiläufig das Prinzip quot-tot unter Nichtbeachtung der Anm. 3 angegebenen Modifikation höchſt willkührlich in's Schwarze gemalt wird. ſ. z. B. Mittermaier n. 4. z. F. §. 126. Hye S. 451 ff. Krug S. 4 f. (ſ. jedoch N. Jahrb. VII. 10 f.). beſ. abſprechend Zachariä N. Arch. 1853. S. 411 f.

1) Vielfach ungenau iſt die Darſtellung bei Bauer Abh. II. 84. Mittermaier z. F. u. Häberlin I. 155 ff.

2) Wenn Roßhirt S. 149 auch die §. 52. 53 auf die Konkurrenz bezieht, ſo iſt dies nicht unrichtig, aber dabei überſehen, daß ſie auch auf den Rückfall gehen. ſ. Beſeler S. 212. vgl. Klein §. 156. u. n. † z. Quiſt. §. 30. Dieſe Begriffsverwechslung war freilich ſehr fehlerhaft.

3) Jedoch in eigenthümlicher Weiſe; denn aus Klein §. 157. 159 erhellt, daß man die ideelle Konkurrenz nicht im heutigen Sinne verſtand, ſondern nur dann annahm, wenn 2 Verbrechen einen begriffsmäßig theilweiſe gemeinſchaftlichen Thatbeſtand haben, wie inceſtuoſer Ehebruch; hier nahm man (ganz richtig, ſ. Anm. 1., während es ſonſt überall nicht beachtet wird) nur theilweiſe Konkurrenz und deshalb nur Schärfung der poena major an. Wenn durch Eine Handlung dagegen 2 Verbrechen mit verſchiedenem Thatbeſtand begangen wurden, nannte man die Konkurrenz eine reale. ſ. auch n. †† z. Quiſtorp §. 30. Anders die ſpätere Praxis. Temme Hdb. S. 46.

4) vgl. Klein §. 162.

5) vgl. Klein §. 158. 160. 163. ſ. auch Reſkr. 3. Nov. 1810 (Mannkopf S. 17).

6) Code d'instr. crim. art. 365. 379. Geſ. 9. Sept. 1835. Art. 9. vgl. C. pén. art. 220. 245.

7) Unbeachtet von Bauer Abh. II. 84. 85. u. den Meiſten. ſ. z. B. Roßhirt S. 148. Jarcke I. 323. n. 34.

8) Sehr verworren iſt dies dargeſtellt von Mittermaier n. 2. z. F. §. 126, und theilweiſe von Breidenbach I. 2. S. 519. n. 6. 7. S. 522. n. 9. S. 536.

Geldstrafen wird von Einigen die Kumulation vertheidigt, jedoch mit Unrecht [1]). — Das Oestreich. GB. [2]) steht unter den deutschen isolirt [3]), sofern es bei allen Arten der Konkurrenz [4]) gleichmäßig bloß Erhöhung der schwereren Strafe bis zum Maximum des gesetzlichen Strafsatzes vorschreibt [5]), und beim fortgesetzten Verbrechen nicht einmal diese Erhöhung eintreten läßt [6]). Nur Geldstrafen und Konfiskationen sind neben allen anderweitigen Strafen vollziehbar [7]). Auch findet beim Diebstahl und analogen Verbrechen eine Ausnahme statt, sofern hier die Summen zusammengerechnet werden [8]). — Hievon weichen nun sämmtliche übrigen Gbücher ab, indem sie die ideale Konkurrenz anders behandeln, als die reale [9]). Bei jener tritt nur die Strafe der schwersten Uebertretung mit Erhöhung bis zum Maximum, resp. äußerer Schärfung ein [10]). Einige Gesetzgebungen (die hannövr., braunschw. u. thüring.) sprechen das gleiche Prinzip auch noch ausdrücklich für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Qualifikationen bei Einem Verbrechen aus [11]). Wäre das eine der Delikte nicht ex off. zu bestrafen, so wird es zwar mit untersucht, aber nur auf Klage bestraft [12]). Schwierigkeiten macht nicht selten die Frage, welche Strafe als die schwerste zu betrachten sei [13]). Ob der qualifizirte Versuch als ideale Konkurrenz zu behandeln sei, ist

---

n. 1. — s. Hélie I. 335—342. 357—359. Sellyer traité I. 381 sq. Morin dictionaire I. 577. u. im Journal du droit crim. 1846. p. 225 sq. Hoorebeke de la récidive p. 210 sq. — vgl. oben Anm. 3.

1) Legraverend traité II. 6. 11.

2) §. 34. 35. 267. j. 44. a. b. 49—51. 263. a. b. l. Hye S. 447 ff. Ungenau Zachariä N. Arch. 1853. S. 411 f., wo überhaupt vieles Unrichtige sich findet.

3) Den gleichen Grundsatz hatte der Erhard'sche Entw. u. die bair. 1822. 1827. 1831. Auch ist er im neuesten bair. vorherrschend. Art. 87.

4) Das GB. v. 1803 sprach nur von verschiedenen Verbrechen, wurde aber auch schon meist weiter interpretirt. Jenull I. 308 ff. vgl. Visini u. Waser a. a. O. s. aber auch Hye S. 453. ** Mangelhaft Bauer Abh. II. 87. 88.

5) Es ist also milder, als die franz. Praxis, während in Deutschland die Meisten sich das Verhältniß umgekehrt vorstellen. s. jedoch auch die Fälle ausnahmsweiser reiner Kumulation b. Hye S. 500—505. vgl. Morin Journal du droit crim. l. c. p. 226 sq.

6) Hye S. 471—475 (A. M. Frühwald ib. cit.).

7) Anders der bair. Entw. Art. 87, der Geldstrafe nur neben Geldstrafe, oder Gefängniß vollziehen läßt, und nur bei realer Konkurrenz.

8) Hye S. 475—478.

9) Anders das Zürch. GB. §. 74. 76, das die poena major auf's Doppelte steigen läßt, und nur die ideale Konkurrenz in der Regel milder als die reale behandelt wissen will.

10) Bair. GB. Art. 110. Sächs. Art. 48. Wirt. Art. 123. Hannövr. Art. 105. Braunschw. §. 55 (dieses ist strenger). Hess. Art. 113 (übergeht die gleichartige ideale Konkurrenz; Breidenbach I. 2. S. 561—563) (?). Bad. §. 182. Thüring. Art. 50 (erweitert den Begriff zu mehreren auf denselben Zweck gerichteten Handlungen, während die sächs. Praxis hier fortgef., d. h. nur Ein Verbrechen annimmt! Weiß S. 210). Preuß. GB. §. 55. 337. (Poena maj. abs. min., wodurch jedoch eine Straferhöhung innerhalb des Rahmens nicht ausgeschlossen ist. Beseler S. 208. Temme Glossen S. 127—129. Gänzlich mißverstanden ist der §. 55 von Hye S. 487 *). vgl. sächs. Entw. Art. 73 (schwerfällig).

11) Ebenso der sächs. Entw. Art. 72.

12) Weiß S. 210. 211. Groß III. 19 f. Hufnagel I. 649. Falsch Breidenbach I. 2. S. 573—575.

13) Hye S. 456—460. Hufnagel II. 904—907. III. 155—159. 646. StrafGB. m. Anm. S. 116. not. 3.

bestritten [1]), wogegen hinsichtlich der Konkurrenz von dolus und culpa in Einer Handlung kein Zweifel zu bestehen scheint [2]). — Bei der realen Konkurrenz dagegen stellen sie die Regel: quot-tot auf, so jedoch, daß sie mehr oder weniger bestimmt und umfänglich sie mit Rücksicht auf das intensive Wachsen verbundener Strafen modifiziren [3]), theilweise sie wegen Inkompatibilität ausschließen, wobei denn die richtige Maxime der Strafverwandlung mehr oder weniger anerkannt ist. Was zunächst die Bestimmungen über die Kompatibilität betrifft, so erklären mehrere Gbücher die Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe für inkompatibel mit allen andern Strafen [4]), das hannövrische wenigstens die Todesstrafe [5]), wogegen nach dem bair., preuß. u. braunschw. [6]) mit beiderlei Strafen wenigstens Geldstrafen und Konfiskationen vereinbar sind. Das wirtemb. geht sogar noch weiter und läßt durch zeitliches Zuchthaus Kreisgefängniß- und Geldstrafen, ja selbst durch Arbeitshaus Bezirksgefängniß und Geldstrafen absorbiren; ebenso soll eine größere Ehrenstrafe die geringere, und eine entehrende Freiheitsstrafe die selbständige Ehrenstrafe absorbiren [7]). Dagegen wird bei Verwirktsein mehrerer gleichen Ehrenstrafen zusammengerechnet, resp. verwandelt [8]). Ebenso läßt das hess. GB. Gefängnißstrafen in höheren Freiheitsstrafen aufgehen [9]), desgleichen geringere Ehrenstrafen in größeren [10]), resp. in entehrenden Freiheitsstrafen, wogegen mehrere zeitliche Rechtsentziehungen zusammenzurechnen sind [11]). Die Absorption der Ehrenstrafen in entehrenden Freiheitsstrafen, wie der geringeren Ehrenstrafe in der größeren ist diesen beiden Gbüchern noch mit andern gemein [12]). Dagegen schreiben das braunschw. (§. 249) u. bad. GB.

1) Dag. scheint Hufnagel zu sein, StrafGB. m. Anm. 116. n. 4., ebenso Hye S. 495. Dafür ist das hannövr. GB. Art. 105. Breidenbach S. 569.

2) vgl. übrigens Krug üb. dol. u culpa. S. 53. 54 (höchst willkührlich).

3) Ganz falsch ist es daher, wenn Bauer, Häberlin ꝛc. dem wirt. (resp. bad.) GB. die Regel absprechen. Freilich unterscheiden sie sich im praktischen Resultate sehr vom sächsischen, braunschw. u. selbst vom hannövrischen. Gar keine Rücksicht auf das intensive Wachsen nimmt das preuß. GB. s. dag. das Ges. 9. März 1853! vgl. Goltammer Arch. I. 563. (s. auch den hamb. Entw. 1849. Art. 55).

4) Sächs. GB. Art. 52. Wirt. Art. 117. Hess. Art. 105. Bad. §. 175. Thüring. Art. 54. Ebenso Bair. Entw.

5) Art. 109. Die lebensl. Freiheitsstrafe kann bei Konkurrenz geschärft werden. Leonhardt I. 475. Zürch. GB. §. 75.

6) Bair. GB. arg. Art. 109, 2. Preußen s. Beseler S. 210. vgl. Temme Gl. S. 131. Braunschw. §. 25. üb. Oestr. s. o. — Ganz unrichtig führt Häberlin I. 156 das im braunschw. GB. §. 25, 2 Bestimmte als Ausnahme auf, während es doch gar nicht auf die Konkurrenz sich bezieht.

7) Art. 118. 119, 1. Hufnagel I. 253. 256. 641—649. II. 532. 901—903. StrafGB. m. Anm. S. 112. nr. 10 (?). 498. s. jed. Strafpr.O. Art. 148.

8) Eine Surrogatstrafe für den Verlust eines Gewerbebetriebs hat das GB. vergessen.

9) Art. 106. Sie wirken hier nur möglicher Weise als Straferhöhungsgründe. Breidenbach I. 2. S. 530. vgl. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 9. Eben dahin gehört das bairische. s. nachher.

10) A. M. scheint Breidenbach S. 537. Allein der Wortlaut des Art. 441 gestattet die Verwandlung nicht.

11) Ohne Beschränkung, ohne Möglichkeit einer Verwandlung!

12) Bair. Art. 109. 2. j. 22. 23. Hannover s. Leonhardt I. 475. 478. 479. Suspension wird bis zu 1 Jahr addirt. Das GB. ist hinf. der Entziehung öffentlicher u. gewerblicher Berechtigungen sehr lückenhaft. Das preuß. GB. bestimmt nichts

(§. 176) gleich dem wirtemb. Verwandlung der Ehrenstrafen vor, und zwar lassen sie, abweichend vom letzteren, die geringere nicht in der größeren, das braunschw. läßt sie auch nicht in entehrenden Freiheitsstrafen aufgehen. Wenn nun übrigens das wirt. u. hess. GB. mit der positiven Absorption geringerer Freiheitsstrafen in höheren allein stehen, so findet sich wenigstens ein Analogon in einigen andern, sofern sie bei der Verwandlung geringerer in höhere nur nach gewissen Fristen (Monaten, Wochen ꝛc.) rechnen und den überschießenden Theil, resp. die ganze geringere Strafe, wenn sie unter jenem Maß bleibt, in Wegfall bringen [1]). Eine noch wirksamere Absorption wird aber häufig auf andre Art bewirkt, d. h. durch absolute Grenzbestimmungen für die Größe der Gesammtstrafe. Am weitesten geht hier das bair. GB. Art. 109 [2]), indem es beim Zusammentreffen von gleichartigen Freiheitsstrafen nie das Maß der betr. Strafart überschreiten und beim Zusammentreffen verschiedenartiger das höchste Maß der schwersten (je unter Schärfung) die äußerste Grenze bilden läßt. Am wenigsten weit geht das sächsische, das zwar wegen Konkurrenz zeitlicher Freiheitsstrafen nicht zur lebenslänglichen übergehen, aber die Normalgrenze der höchsten Strafart überschreiten läßt, und nur dann eine (jedoch sogleich wieder beschränkte) Abkürzung gestattet, wenn die Gesammtstrafe die wahrscheinliche Lebensdauer des Verurtheilten übersteigen würde [3]) (!). Uebrigens läßt auch dieses GB. nie den Uebergang in eine höhere Strafart zu, in welcher sich nicht mindestens eines der konkurrirenden Verbrechen befindet. Eben diesen letzteren Grundsatz befolgen auch das braunschw. GB. §. 25, 3, das hessische Art. 107—110 [4]), das badische §. 170—174, das thüringische Art. 55, 1. 56, 1, das preußische §. 57. Dabei enthalten die eben genannten Gbücher noch, in verschiedener Weise, absolute Grenzen für die Größe der Gesammtstrafe [5]), — immer aber nur

---

über Verwandlung der Ehrenstrafen (die Kommentare schweigen). Im sächs. u. thüring. GB. fällt die Frage ganz aus, da Dienstentsetzung u. Entlassung nicht als Krim.strafen gelten (Weiß S. 813) und andre Ehrenstrafen nicht vorkommen. Am weitesten in der Anwendung des Absorptionsprinzips geht der bair. Entw. s. o. vgl. Wadtl. GB. Art. 65.

1) Sächs. GB. Art. 53. Ges. 20. Juli 1846. Weiß S. 237. 239. Braunschw. §. 25, 5. Thüring. Art. 55, 2.

2) (Noch weiter freilich der neueste Entw.). — vgl. II. Art. 111. Reskr. 19. März 1814. 4. Mai 1816. Gönner Jahrb. I. 149. 161. 170 ff. III. 107. Arnold im N. Arch. 1844. S. 201. 202. s. jed. die Diebstahlsnov. 1816. Art. IX. Bair. Strafger. II. 44. III. 27. Höchst ungenügend ist die Darstellung bei Mittermaier a. a. O. Häberlin I. 156. Breidenbach S. 539. Note.

3) Art. 56. Weiß S. 239. Schüler Beitr. S. 42. Groß I. 123. II. 17. Breidenbach I. 2. S. 539. Note. Der sächs. Entw. setzt 30 Jahre als absolute Grenze.

4) Gar zu mild ist das Maximum von 3 Mon. für konkurrirende Ges.strafen. Eine Ausnahme, d. h. Uebergang zu Korrektions-, ja Zuchthaus bei Diebstahl u. vgl. s. Art. 110, 3. Breidenbach I. 2. S. 529. 530.

5) Das braunschw. läßt nie die längste außerordentliche Dauer der anzuwendenden Strafart überschreiten. Das hess. setzt für Zuchthaus 18 J., für Korrektionshaus 10 J., für Gefängniß 3 Mon. als äußerste Dauer fest. Das badische für Zuchthaus 30 J., für Arbeitshaus 20 J., für Kreisges. 6 J. Das thüring. beläßt es bei Zuchthaus u. Arbeitshaus bei der Normalgrenze; für Gefängniß sind 6 Mon. festgesetzt; indessen darf hiernach zum Arbeitshaus übergegangen werden, wenn unter den konkurrirenden Delikten ein solches ist, das in höherer Stufe mit Arbeitshaus

für Freiheitsstrafen, wovon nur das braunschw. in Beziehung auf Geldstrafen eine (freilich ganz eigenthümliche) Ausnahme macht [1]). Dagegen weichen nun von den eben genannten Gbüchern bedeutend ab das wirtemb. und hannövrische. Zwar läßt das erstere gleichfalls den Uebergang von nichtentehrender zu entehrender Freiheitsstrafe nicht zu, während das letztere dies thut [2]). Außerdem gestatten aber beide den Uebergang in die nächstfolgende höhere Strafart [3]), ja sogar den Uebergang zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe, letzteren freilich nur unter mehr oder weniger strengen Beschränkungen [4]); auch läßt das hannövr., wenn unter den verwirkten Strafen keine Kettenstrafe ist, nicht über 20j. Kettenstrafe erkennen. Den Uebergang zur Todesstrafe schließen beide Gbücher aus, lassen ihn aber gleichwohl im besondern Theil zu [5]). — Von den bis jetzt erwähnten Beschränkungen abgesehen, befolgen die sämmtlichen neuen Gbücher (außer dem östr.) den Grundsatz der Strafhäufung, freilich die einen mehr, die andern weniger, wie sich eben aus dem bis jetzt Angef. ergiebt. Dabei erkennen aber einige wenigstens beim Zusammentreffen zeitlicher Freiheitsstrafen die Anm. 3 besprochene Forderung der Gerechtigkeit (Abzug des Werths des intensiven Plus) bald nur als gemeinhin ausgesprochenen Gesichtspunkt für das richterliche Ermessen [6]), bald in positiver Durchführung [7]) an. Dagegen wird die Anm. 3 als nothwendig nachgewiesene Ausdehnung der gedachten Forderung [8]) über den Fall der Konkurrenz hinaus theilweise gar nicht [9]), in andern Gbüchern nur für den Fall anerkannt, wenn nach dem Urtheil ein vor demselben begangenes anderes Verbrechen zum Vorschein kommt, resp. von zwei zugleich zu vollziehenden Ur-

---

bedroht ist. vgl. sächs. GB. Art. 54. Weiß S. 238 unt. 239. — Das preuß. setzt absolut 20 J., für Vergehen 10 J., für Ges.strafe 10 J. als Maximum fest. Doch werden Strafen für Uebertretungen nicht absorbirt. §. 338. Der sächs. Entw. nimmt die Erhöhung der schwersten Strafe auf's Doppelte (jedoch stets nur bis zu 30 J.) als Maximum an. vgl. das wadtl. GB. Art. 64, das eben solche absolute Grenzen hat, u. nur Erhöhung der poena maj. um die Hälfte zuläßt. Das Zürch. GB. §. 74 läßt Erhöhung auf's Doppelte mit Uebergang in die höhere Strafart zu (nur nicht zur Todesstrafe).

1) §. 25 a. E. vgl. Breym. S. 185.

2) s. Leonhardt S. 477. 478. n. 16.

3) Nicht auch in die zweitnächste. Leonhardt S. 476. 477. vgl. Schlüter S. 86. n. 38. Bauer Abh. II. 92. Unrichtig ist dag., was Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 110. nr. 3 behauptet.

4) Für Wirt. ist dies jedoch weggefallen; es kann nur noch zu 20—30j. Zuchthausstrafe übergegangen werden. s. Komm.ber. z. Ges. 13. Aug. 1849. S. 2. u. die Aeußerung des Reg.kommissärs Sitz. 162. 1849. Prot. S. 4318.

5) Hann. GB. Art. 183. XI (von Leonhardt S. 476 ob. ignorirt. s. aber S. 479). Wirt. GB. Art. 178. 245. Allein dies ist durch das Ges. 13. Aug. 1849 weggefallen und die Bestimmung lautet jetzt (aus diesem Ges. abstrahirt) dahin, daß von 20—30j. Zuchthaus nicht zu lebenslänglichem übergegangen werden darf.

6) Hannövr. GB. Art. 110. Leonhardt I. 481. vgl. Bauer Abh. II. 94. Art. 1 (Geldstrafen). Braunschw. §. 66. nr. 9.

7) Wirt. GB. Art. 115. Hess. Art. 107. 108. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 10. 11. 14. Bad. §. 171.

8) resp. sonstiger Beschränkungen der abstrakten Addition.

9) so in Oestreich s. Hofdekr. 22. Febr. 1822 u. Urth. d. Kass.hofs b. Hye S. 455 (der übrigens auf die Gnade verweist). Ueber Preußen s. Beseler S. 210. vgl. Temme Glossen S. 127 (s. jed. unten).

theilen das spätere ein früher begangenes Verbrechen betrifft [1]). Nur das sächs. u. thüring. GB. führen ihr Prinzip, das freilich nur auf andre und weit nicht ausreichende Weise zur Vermeidung der Härte der reinen Addition dient, konsequent durch [2]). Noch weiter geht ganz mit Recht der Entw. der preuß. Strafproz.O. [3]). — Die exzeptionelle Behandlung des fortgesetzten Verbrechens (gleich der idealen Konkurrenz) [4]) ist überall anerkannt [5]). Freilich ist die Begriffsbestimmung sehr verschieden [6]). Das bair. GB. hat die Feuerbachische [7]); die Bauer'sche findet sich im hannövr. (Art. 106), braunschw. (§. 56) [8]), thüringischen (Art. 51), theilweise wenigstens im hessischen (Art. 112); die Mittermaiersche (mit Anwendung auf kulpose Delikte) im hessischen (Art. 111) und im badischen (§. 180). Der Doktrin wurde die Definition überlassen in Wirtemb. u. Sachsen [9]). — Eine Modifikation erleiden übrigens die Bestimmungen über reale Konkurrenz und fortges. Verbrechen in mehreren neuen Gbüchern [10]) beim Diebstahl und den analogen Delikten, sofern hier die zusammenrechenbaren, d. h. nach dem Werthbetrag zu bestrafenden und auf gleicher Stufe stehenden Delikte zusammengerechnet werden, wobei jedoch über die Strafzumessung bald strengere, bald mildere Grundsätze aufgestellt sind [11]).

---

1) Hess. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 16. Bopp S. 292. Wirt. GB. Art. 115, 2. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 108. nr. 4. 5. 7. S. 497 unten. Hannövr. Ges. üb. d. Verf. in Krim.-sachen §. 26. vgl. §. 5. 37. v. Bothmer Erört. I. nr. 16. II. S. 66. 67. not. *. vgl. jed. Strafpr.O. §. 227. Braunschw. §. 25, 4. 6. vgl. Breym. S. 183—185. Bad. §. 179. Einf.Ges. 1851. §. 109. Ebenso die bairische Praxis. Arnold im N. Arch. 1844. S. 205—209. Bair. Strafger. V. 4 f. 29 f. 147 f. Bair. Entw. Art. 88. 89. vgl. die Motive. Wadtl. GB. Art. 66. N. sächs. JB. 1851. S. 340. 341. 348. Held u. Siebdrat S. 99.

2) Sächs. GB. Art. 57. j. 53. Thüring. Art. 57. vgl. Groß I. 123. Weiß S. 244—247. Schwarze N. JB. II. 379 ff. v. Hartitzsch S. 113. 114. Die sächs. Bestimmung ist sehr mangelhaft. s. auch N. Jahrb. IV. 227. 228. Schaffrath S. 599. s. dag. Bair. Strafger. V. 39. 165 f. vgl. Preuß. Entw. 1843. §. 122. Anders der sächs. Entw. Art. 75! vgl. Krug N. JB. VIII. 135 ff.

3) §. 512 j. 319. Goldtammer I. 459. 184. 185 (n. 3 ist ungenau).

4) Das östr. GB. (s. o.) ist noch milder.

5) Wegen Preußen s. Beseler S. 209. 210. Wegen Sachsen Weiß S. 209. nr. 7. (wornach Bauer Abh. II. 89. not. a. zu berichtigen ist). vgl. Mot. z. sächs. Entw.

6) Davon sagt Häberlin I. 155 gar nichts. Besser Mittermaier z. F. §. 128 a. n. 12.

7) Art. 110.

8) Unrichtig zieht Breidenbach S. 546 den §. 57 mit herein. s. auch Hamb. Entw. 1849. Art. 56.

9) In Sachsen neigt sich die Praxis zu der sehr weiten Begriffsbestimmung von Krug. s. Weiß S. 207—210. vgl. Günther Bem. S. 37. 38. Groß I. 120. 121. und Bem. S. 26 f. N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 122 ff. Held u. Siebdrat S. 97. 98. vgl. Schaffrath S. 593—595.

10) Häberlin I. S. 157. 158 läßt das wirt. Art. 333. 350. 360 aus. Jetzt sind allerdings diese Bestimmungen, welche in der Praxis viel Bedenken erregt hatten (Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 115. not. 2. S. 343. 344. 370), durch Ges. 13. Aug. 1849. Art. 27 aufgehoben. Mittermaier übergeht den Punkt ganz.

11) Sächs. GB. Art. 50. 51 (Günther Bem. S. 38. 39. Groß I. 121. II. 16. 17. Krug Stud. I. 97 f. II. 173. Weiß S. 213—229, auch Krug

— Außerdem enthalten die neuen Gbücher meiſt im beſondern Theile noch mehr oder weniger Ausnahmsfälle, in welchen die ideale oder reale Konkurrenz eine andere (meiſt härtere) Behandlung erfährt. Damit begnügen ſie ſich jedoch nicht, ſondern führen daneben noch eine Reihe den allgemeinen Grundſätzen im Weſentlichen entſprechend behandelter Konkurrenzfälle im beſondern Theile theils geradezu [1]), theils in der Form von Erſchwerungsgründen auf, eine Behandlungsweiſe, welche in der Praxis nothwendig zu mancherlei Zweifeln und Verwirrungen führen muß [2]), wie dies andrerſeits auch in manchen Fällen eintritt, wo die Gbücher es im Gebrauch haben, eine gewiſſe Strafe mit dem Beifügen anzudrohen, „wenn die Handlung nicht in ein ſchwereres Verbrechen übergehe", wo keineswegs jedes Mal unbedingt die Grundſätze über Konkurrenz ausgeſchloſſen ſind [3]). Bei der zum Theil ſehr ſchwierigen Auslegung der zweifelhaften Fälle muß hier die Oekonomie des betr. Gbs entſcheiden; allgemein zutreffende Regeln laſſen ſich wohl kaum darüber aufſtellen, um ſo weniger, da die Auslegung oft genug auf dem Boden eines und deſſelben Gbs rathlos daſteht [4]) und durch die betr. Beſtimmungen die ohnedies ſchon ſchwierige Unterſcheidung wirklicher und bloß ſcheinbarer Konkurrenzfälle doppelt erſchwert wird [5]). — Noch entſtehen hinſichtlich der Konkurrenz zwei praktiſch wichtige Fragen: a) Finden die Grundſätze des StrafGbs auch dann Anwendung, wenn mit Verbrechen oder Vergehen bloße Polizeiübertretungen zuſammentreffen? Nichts iſt darüber beſtimmt im bair., hannövr., heſſ. GB. [6]). Bejaht iſt die Frage in Wirtemberg [7]) für alle Polizeivergehen, ebenſo der Regel nach in Baden [8]) (d. h. für alle gerichtlich

---

Konkurrenz S. 44—46, falſch Bauer Abh. II. 89. not. b.). Braunſchw. §. 55, 3. vgl. Breym. S. 215 (ſtreng u. eigenthümlich). Thüring. Art. 53. Oeſtr. §. 173. Hye S. 475—478. Hannövr. Art. 319. Griſebach in v. Bothmer Erört. I. nr. 7 u. Leonhardt I. 471. n. 25 (?). vgl. jedoch die vor. Note über die in Wirtemb. gemachte Erfahrung. Wadtländ. GB. Art. 309. 332. Eigenthümlich iſt die Beſtimmung des heſſ. GBs Art. 375 j. 384. 396. Breidenbach I. 2. S. 570. Gegen die ganze Einrichtung ſ. nun auch die Mot. z. ſächſ. Entw. Art. 74—77. Krug in den N. Jahrb. VII. 22—24.

1) Wo man denn von zuſammengeſetzten Verbrechen ſprechen kann. Hye S. 467. 468.

2) Beiſpiele in Menge bei Hye S. 467—471 (nicht zu verwechſeln mit den S. 478—488 angef. Fällen, worunter jedoch einiges dem öſtr. GB. Eigenthümliche vorkommt u. der S. 488 erwähnte Fall der Tödtung durch widerrechtliche Einſperrung offenbar unrichtig entſchieden iſt, wie auch einige der S. 495. 496 angef. Fälle), ferner bei Leonhardt I. 450—452. Breidenbach I. 2. S. 564—568. Krug Konkurrenz S. 22—26. (Gerade die ſächſ. Praxis iſt ſehr geneigt, aus 2 Verbrechen Eines zu machen Weiß S. 210. 211). Hepp I. 795 f. Bad. GB. §. 170. 181. 182 (Thilo S. 180 ob. 187 ob.). Braunſchw. z. B. §. 204. Thüring. z. B. Art. 161. Preuß. z. B. §. 285.

3) Theilweiſe A. M. Hye S. 487. 488. 495. 496. ſ. dag. Leonhardt S. 453.

4) ſ. beſ. die eingehenden Ausführungen von Hye u. Leonhardt. vgl. auch dieſen in v. Bothmer Erört. I. 237 ff.

5) vgl. Hye S. 511 Note.

6) Von Leonhardt I. 446. 447 wird gleichwohl die Frage bejaht, vgl. v. Bothmer I. 140; von Breidenbach I. 2. S. 571—573. ſ. auch bair. VO. 12. Sept. 1815 (bejahend). Bair. Strafger. II. 303.

7) Pol.StrafGB. Art. 95 (daher falſch, was Breidenbach S. 573. n. 2. anführt). Strafproz.O. Art. 14 (mit einer unbedeutenden Ausnahme). Auf Preßvergehen finden die Grundſätze über reale Konkurrenz keine Anwendung. VO. 25. Jul. 1848. Art. 2.

8) Einf.Geſ. 1851. §. 19. 20. 42. 109.

zu erledigende), Oeſtreich für alle im Strafgb. aufgeführten [1]), ebenſo in Braunſchweig [2]) und nach dem thüring. GB. [3]). Dagegen iſt nach dem preuß. GB. §. 338 die Beſtrafung der Uebertretungen von daneben begangenen Verbrechen oder Vergehen ganz unabhängig [4]). Das Gleiche iſt in der Regel in Sachſen der Fall [5]). b) Finden ſie dann Anwendung, wenn mit im Strafgb. enthaltenen Delikten andre, in andern Geſetzen mit Strafe bedrohte Handlungen ideal oder real konkurriren? Bei realer Konkurrenz findet hier nach Oeſtr. Recht durchaus abgeſonderte Behandlung ſtatt [6]). Ebenſo in Wirtemb. bei Finanz- und Forſtvergehen, ſoweit ſie nicht zur Kompetenz der Gerichte gehören und bei Adminiſtrativdienſtvergehen (außer dem Pol.ſtrafGB.), ſoweit ſie nicht mit den konkurrirenden gerichtlichen Vergehen im Zuſammenhang ſtehen oder doch eine Verbindung der Strafen ſich erwarten läßt [7]). Ebenſo (mit ähnlichen Modifikationen) in Sachſen, Heſſen, Braunſchweig [8]). Das thüring. GB. unterwirft dagegen ſeinen Beſtimmungen über die Konkurrenz alle Uebertretungen (namentlich alle Polizeivergehen und Defraudationen von Wege- oder Gemeindeabgaben), ſowie alle Arten von Vergehen und Verbrechen [9]). Ebenſo das preußiſche [10]). Das badiſche wenigſtens alle zur Kompetenz des Bezirksamts gehörigen Delikte (worunter auch Zoll- und Steuervergehen und überhaupt der Regel nach alle Verwaltungsſtraffachen zu verſtehen ſind) [11]). — Stellt ſich eine und dieſelbe Handlung als ein im Strafgb. verpöntes und zugleich als ein anderweitig mit Strafe bedrohtes Delikt dar, ſo kann eine wahre ideale Konkurrenz vorliegen, welchenfalls aber die meiſten neueren Geſetzgebungen die Praxis rathlos laſſen, ſofern ſie die Delikte vor verſchiedene Behörden verweiſen und doch Beſtimmungen über die ideale Konkurrenz aufſtellen, die dazu gar nicht paſſen [12]). Es kann aber auch bloß ſcheinbare Konkurrenz vorliegen, ſofern die Handlung hier als genus, dort als species erſcheint, oder der adminiſtrative (polizeiliche) Geſichtspunkt im kriminellen untergeht [13]).

---

1) GB. §. 35. Hye S. 461.

2) Breym. S. 214.

3) ſ. zwar Strafpr.O. Art. 56, 2. 3; vgl. aber StrafGB. Art. 57.

4) Auch wird bei Konkurrenz von Uebertretungen an ſich rein addirt. Goldtammer II. 718. vgl. Krug N. ſächſ. JB. VII. 6. 12.

5) Weiß S. 211. nr. 7. vgl. S. 23—26. N. Jahrb. VII. 68 ff. ſ. noch beſ. das Zoll- und das Steuerſtrafgeſetz. Ueber Forſtdiebſtähle ſ. N. Jahrb. II. 350 f. Held u. Siebdrat S. 411. 413.

6) Hye S. 500—502 Note.

7) Strafpr.O. Art. 14. Hufnagel II. 481—484. vgl. Bair. Zollſtrafgeſ. 1837. §. 22.

8) Weiß S. 23—26. vgl. N. Jahrb. VII. 68 f. Breidenbach I. 2. S. 571—573. Breym. S. 214. Nur in Heſſen giebt es gar keine Ausnahmen.

9) Strafpr.O. Art. 2. 9. 56. j. StrafGB. Art. 57.

10) Einf.Geſ. Art. II. VIII—X. j. StrafGB. §. 55—57. 337. 338.

11) Einf.Geſ. 1851. §. 19. 20. j. §. 16. nr. 27. 29. u. §. 5. Eine Beſtimmung über ideale Konkurrenz enthält das bair. Preßgeſ. 17. März 1850. Art. 4.

12) Auszunehmen ſind die thüring., preuß., und für die Regel auch die badiſche Geſetzgebung. vgl. das eb. a. bair. Geſ. — Nach öſtr. Recht iſt auch hier Kumulation der Strafen angeordnet. Hye S. 500—505. Daſſelbe wird auch nach den übrigen neuen Geſetzgebungen anzunehmen ſein.

13) Hye S. 505—511. vgl. Weiß S. 23. d. S. 25. nr. 5.

§. 139.

Eine fernere einfache Anwendung findet die Regel des §. 136 dann, wenn dem Verbrecher vor Erkennung der Strafe unverschuldete Uebel von Seiten des Staats in Beziehung auf sein Verbrechen zugefügt worden sind, oder wenn er widerrechtlich in Haft gekommen, oder seine Haft ohne sein Verschulden verlängert worden ist, — welchenfalls der Richter den Werth hievon an der zu erkennenden Strafe abzuziehen hat. N. Rev. §. 214 [1]).

1) Es ist vor Allem unzuläßig, den Strafabzug, der hier lediglich die Abrechnung eines Vorempfangenen ist, unter den Gesichtspunkt einer Strafmilderung zu stellen, wie meist die Aelteren thaten [2]), oder gar vollends damit die Qual, welche dem Verbrecher das Verbrechen selbst verursache [3]), resp. den Verlust des vom Verbrechen erwarteten Vortheils [4]) gleichzusetzen. Betr. Falls ist daher stets die ganze verdiente Strafe auszusprechen und nur beizufügen, daß sie theilweise oder ganz als bereits verbüßt anzusehen sei [5]). Im Uebrigen ist die Sache selbst in der Doktrin allgemein anerkannt und nur zweierlei bestritten: a) Welcherlei unverschuldete [6]) Uebel hier überhaupt in Betracht kommen? Allgemein anerkannt ist dies von solchen, welche der Verbrecher durch Schuld der Staatsorgane erlitten hat, wobei nur hie und da mit Unrecht bloß unverschuldete Haft berücksichtigt wird, die nur ein Beispiel bildet [7]). Mit Recht dehnen es aber Viele [8]) auch auf Haftverlängerung aus, die der Verbrecher ohne seine Schuld durch die Schuld andrer Personen (z. B. von Vertheidigern, Sachver-

---

1) Tiraquell. de poen. tempor. caus. c. 14. Carpzov. qu. 149. n. 43—48. Kaulfuss de carcere diuturno poen. crim. temperante. 1742. Leyser sp. 580. m. 52. sp. 645. m. 12. Böhmer ad C. qu. 149. obs. 2. Pufendorf. proc. crim. c. 25. §. 37. Grantz def. inquis. P. 2. p. 389 sq. Quistorp §. 112. Klein §. 174. Kleinschrod II. §. 100. 101. Feuerbach §. 99. Grolman §. 115. 117. Oersted Grundreg. S. 386—391. Tittmann §. 131 a. E. Hurlebusch Beitr. z. Civ. u. Krim.gesetzgeb. I. nr. 8. Henke I. 568. Martin §. 56. Wächter I. §. 119. Roßhirt Entw. S. 83—85. Abegg im N. Arch. XIV. 153 ff. Bauer §. 137 Anmerk. Heffter §. 156. 157. Marezoll S. 178. 179. Mittermaier n. 1. z. F. §. 99. Gesterding Ausbeute III. 276 ff. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 77—83.

2) Auch noch Feuerbach, Martin, Roßhirt, Heffter u. A. s. dag. schon Heisler D. de just. poen. mitig. causis §. 30 u. nun fast Alle; vgl. bes. Abegg a. a. O. Tittmann spricht gar von einer Begnadigung! (vgl. Carpzov. p. 47.)

3) So Klein §. 174.

4) So Stelzer Grundsätze d. peinl. R. Kap. 10. §. 15. 16. s. dag. Kleinschrod II. §. 82. — od., wie Tittmann, das Brechen des Stricks beim Hängen!

5) Abegg §. 174—179.

6) Daß verschuldete nicht in Betracht kommen, darüber s. schon Carpzov n. 48. Leyser sp. 580. m. 52. Wernher Obs. III. 159.

7) s. dag. Quistorp §. 112. n. d. u. die dort Angef. Kleinschrod §. 100. Feuerbach, Oersted a. a. O. Abegg Lb. S. 215 (vgl. die Abh. S. 157. 158). Wächter, Roßhirt, Bauer, Heffter, Marezoll a. a. O. A. M. Henke, Jarcke I. 329 u. Baumeister. s. dag. auch Bauer Abh. I. 195. 196.

8) A. M. Carpzov l. c. Feuerbach, Grolman, Henke, Martin, Wächter, Roßhirt, Bauer, Marezoll a. a. O.

ſtändigen, Zeugen, Mitſchuldigen) oder durch Zufall erlitten hat [1]). b) Ob der gerechte Abzug bei allen Strafen zuläßig ſei? Hier verſteht ſich nun wohl von ſelbſt, daß bei lebenslänglicher Freiheitsſtrafe der Abzug unverſchuldeter Haft ſich von ſelbſt aufhebt [2]) (ſoweit nicht etwa nebenbei Schärfungen ſtattfinden ſollen, bei denen dann allerdings der Abzug in's Werk zu ſetzen wäre); aber auch nur dieſer. Hätte der Verbrecher unverſchuldete Uebel andrer Art erlitten, ſo wäre wegen dieſer allerdings von der lebenslänglichen Dauer abzugehen [3]). Noch weniger liegt irgend ein zureichender Grund vor, die Todesſtrafe auszuſchließen [4]). Die Behauptung, daß dieſe Strafe eine abſolute, untheilbare, auf höherer Nothwendigkeit beruhende ſei, deren Natur einer Abrechnung widerſtrebe [5]), enthält theils eine petitio principii, theils iſt ſie myſtiſch, theils beweist ſie nichts, weil die Todesſtrafe als höchſte gegenüber allen übrigen, namentlich der ihr am nächſten ſtehenden lebensl. Freiheitsſtrafe doch unfehlbar auch quantitativ beſtimmt iſt, nur daß der quantitative Abzug hier nothwendig zu einer andern Qualität führt; theils iſt es endlich ein Widerſpruch, wenn gleichwohl ſchließlich der Regent angegangen wird, den Abzug im Wege der Gnade zu machen. Lediglich frivol iſt dagegen die Behauptung [6]), daß der todeswürdige Verbrecher ſich erſt noch höflich dafür zu bedanken habe, daß man ihn (unter unverſchuldeten Qualen!) länger habe leben laſſen!

2) Anerkannt iſt der fragliche Grundſatz im gemeinen Recht [7]), freilich zunächſt nur in Konſequenzen, aber ſo, daß ſich daraus auf eine ausnahmsloſe

---

1) z. B. Kaulfuss, Quiſtorp, Kleinſchrod, Oerſted, Abegg, Jarcke, Heffter a. a. O. — Zuweit geht dag. Mittermaier, wenn er überhaupt ſehr lange Dauer der Unterſuchung als Grund für einen Strafabzug nennt. Baumeiſter will alle Haft auf die Strafe angerechnet wiſſen, ſoweit ſie nicht etwa der Verbrecher durch poſitive Unwahrheit ſelbſt verlängerte.

2) A. M. Kleinſchrod, Heffter §. 157. not. 2. Marezoll S. 179, daher Abegg N. Arch. XIV. 180 ob. zuviel ſagt. ſ. übr. hier die richtige Entſcheidung. vgl. Hurlebuſch a. a. O. Feuerbach §. 99. n. 3. Dag. ſind die Gründe mancher Andern, z. B. von Grolman §. 116. not. b. Klein §. 174 ꝛc. nicht ſtichhaltig. Sehr oberflächlich iſt Roßhirt S. 84. Tittmann, Martin, Jarcke, Henke, Mittermaier ſprechen ſich nicht aus.

3) A. M. Abegg a. a. O. u. Lb. S. 215. Klein, Feuerbach, Grolman, Oerſted, Roßhirt a. a. O. ſ. dag. Wächter, Bauer, Kleinſchrod, Heffter.

4) Dafür ſind Carpzov, Leyser l. c. Hommel rhaps. quaest. obs. 100. Grantz l. c. Quiſtorp (ſehr unbeſtimmt), Kleinſchrod, Feuerbach, Martin §. 57. n. 3. Wächter, Heffter, Marezoll, Hepp Theorie d. Zurechnung S. 53. Geſterding, Mittermaier n. 2. z. F. §. 99 (freilich meiſt unmotivirt). Dagegen ſind Böhmer, Pufendorf l. c. Weſtphal Krim.R. Anm. 37. §. 4. Klein, Grolman, Oerſted, Henke, Roßhirt. Jarcke, Abegg, Bauer Anm. I. 589. 590. Baumeiſter. Unentſchieden läßt die Frage Tittmann. Aeltere bejahten wohl die Frage, wenn die Todesſtrafe durch ein menſchliches, nicht aber wenn ſie durch ein göttliches Geſetz gedroht ſei. ſ. die Erk. bei Leyser sp. 530. m. 52. u. bei Berger Electa p. 285.

5) Abegg N. Arch. XIV. 180. 181. Lb. S. 215.

6) Roßhirt S. 84. Breidenbach I. 1. S. 451. n. 4., und weniger leichtfertig Oerſted a. a. O. Bauer Anm. a. a. O.

7) L. 25 D. de poen. (48. 19). L. 23 C. eod. (9. 47). vgl. Kleinſchrod II. §. 101. Abegg im N. Arch. a. a. O. Heffter §. 156. n. 1. — Wirt. Geſetze b. Gerſtlacher II. 55. 56.

Regel schließen läßt [1]). Unbedingt spricht diese denn auch der Cod. Max. aus (I, 1. Art. 27), desgleichen die Theresiana (Art. 11 §. 10. „Andertens"), beide freilich in der Regel nur für langwieriges unverschuldetes Gefängniß [2]). Die Theres. beschreibt die Wirkung nicht näher; sie führt das Moment nur überhaupt mit unter den Gründen auf, welche zur Strafmilderung führen sollen. Der C. Max. sagt dagegen, der Umstand entschuldige „in atrocissimis von der härtern Todesstraff und dem Zusatz [3]), in denen übrigen Verbrechen aber von aller Leibs- und Lebensstraff." Das östr. GB. §. 46, k führt nur unverschuldet verlängerte Haft (gleichviel wer sonst die Schuld davon trage) als Milderungsgrund auf [4]), wovon freilich die Wirkung eine sehr geringe ist, da nach diesem Rechte die Milderungsgründe in der Regel nur innerhalb eines Strafrahmens, namentlich nie auf Todes- und lebensl. Freiheitsstrafe wirken (derselbe wirkt überall nur auf zeitliche Freiheitsstrafen) [5]). Dagegen führt das bair. GB. zwar auch nur unverschuldete Haft (wenn sie über $^1/_2$ Jahr dauert!) und nur als Mild.grund auf, läßt aber die Dauer an der zeitlichen Freiheitsstrafe einfach abrechnen, resp. diese ganz absorbiren [6]). Bei lebensl. Freiheitsstrafe ist der Umstand ohne Wirkung; bei Kapitalverbrechen hebt er den verschärfenden Zusatz und, wenn der unverschuldete Arrest 2 J. und drüber gedauert hat, die Todesstrafe selbst auf [7]). — Wie ungemein nun aber die neue deutsche Gesetzgebung [8]) variirt, davon giebt eben dieser so einfache Punkt ein merkwürdiges Zeugniß. Einstimmung besteht fast nur in dem Einen Punkte, daß Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe von der Frage unberührt bleiben [9]). Was zunächst a) die Stellung der betr. Bestimmungen betrifft, so finden sie sich bei den meisten [10]) (wie in Oestr.

---

1) Dies ist freilich bestritten. s. Anm. 1.

2) Gleichviel, wer sonst daran Schuld habe. Anm. z. Cod. M. a). Dieses GB. fordert Gef. von „Jahr u. Tag", was sich jedoch nach den Anm. nur auf die poena ordin. bezieht. Die Theres. „Drittens" läßt bei geringeren Delikten auch andre Uebel wirken.

3) Dafür, daß hier das Gesetz nicht weiter gehe, berufen sich die Anm. auf die l. 23 C. cit. und auf Jul. Clarus.

4) Hye S. 595 findet darin gar eine Anwendung des Begriffs der Gnade! s. dag. Jenull I. 409. 410. (vgl. übrigens §. 17 u. Hye S. 378. 379.) s. jetzt Strafpr.O. 1853. §. 313.

5) Bei Vergehen u. Uebertretungen ist er nicht aufgeführt.

6) Bei Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit findet sich eine eigene Bestimmung.

7) Art. 104. 105. Bl. f. Rechtsanwendung X. 238. Strafger. II. 169. III. 394. 451. Das oldenb. GB. Art. 111 läßt den Grund bei Kapitalverbrechen nicht, dagegen auch bei kürzeren Freiheitsstrafen wirken. vgl. Oersted a. a. O. u. d. Anm. I. 244. 245. Marezoll S. 179. n. 3 thut dem bair. GB. Unrecht. Gänzlich ungenau hinf. der neueren Gbücher im Ganzen ist Häberlin I. 153. 154. Richtig, aber zu wenig bestimmt ist das Zürch. GB. §. 87.

8) Das preuß. GB. läßt die Frage ganz unberührt, eben wie das französische. vgl. Beseler S. 88. 89. Goldtammer I. 163. 164. 179 (s. jed. die früheren Entwürfe). Temme Gl. S. 113. vgl. 68. s. übrigens den Entw. d. Strafpr.O. §. 508 (mangelhaft).

9) Hierin steht also das bair. GB. isolirt. Auch die neueren Entwürfe sind von dem Art. 105 abgegangen. Damit hängt es denn wohl zusammen, daß mehrfach die Motive (s. z. B. die braunschw., die neuen bairischen ꝛc.) die Maßregel nur als eine Sache der Billigkeit darstellen, was ganz verkehrt ist. Leonhardt I. 438.

10) Anders im hess. GB. Art. 34, im bair. Entw. Art. 86, im sächs. Entw. Art. 27, im hamb. 1849. Art. 11.

u. Baiern) unter den Milderungsgründen; daraus kann ein praktiſcher Nachtheil folgen, da meiſt die Behandlung in der Sache ſelbſt weder richtig vorgeſchrieben, noch richtig in Uebung iſt (richtig, d. h. daß die verwirkte Strafe ausgeſprochen und nur beigefügt wird, daß ſie theilweiſe oder ganz als verbüßt zu betrachten ſei [1]). b) Als Grund für die fragliche Operation nennen die meiſten Gbücher (wie das öſtr. und bair.) nur unverſchuldeten Unterſuchungsarreſt; und zwar iſt hierunter (das öſtr., bair. u. heſſ. GB. ausgenommen) [2]) nicht bloß ein unverſchuldet verlängerter, ſondern auch ein unverſchuldet (daher rechtswidrig) angelegter Arreſt zu verſtehen [3]). Was aber als unverſchuldet verlängerter Arreſt zu gelten habe, iſt beſtritten, namentlich ob auch Verlängerung durch Mitſchuldige [4])? ob Verlängerung durch Zufälle, woran der Richter ohne Schuld iſt [5])? Das wirt. u. braunſchw. GB. fügen nun aber ferner noch andre unverſchuldete Uebel hinzu, die der Verbrecher durch die Behörden oder deren Diener in Beziehung auf ſeine Uebertretung erlitten hat [6]), was das bad. GB. §. 158 nur als Strafminderungsgrund gelten läßt [7]). c) Die Form der Vorſchrift lautet in den meiſten Gbüchern präzeptiv, dagegen in einigen [8]) bloß fakultativ. d) Obgleich nun aber Natur der Sache und gemeines Recht einer Beſchränkung der durch die Gerechtigkeit gebotenen Maßregel nicht das Wort reden, ſo haben doch alle neuen Gbücher ſeit dem bairiſchen dieſelbe auf zeitliche Freiheitsſtrafen eingeengt, denen jedoch einige [9]) noch die Geldſtrafen bei-

1) Anders natürlich in den in der vor. Note erwähnten Geſetzgebungen. ſ. dagegen ſächſ. GB. Art. 63. Weiß S. 271. nr. 6. Wirt. GB. Art. 114. Hufnagel III. 140. StrafGB. m. Anm. S. 497. Hannövr. Art. 103 (ganz verunglückt, da der Art. den Richter völlig rathlos läßt. Leonhardt I. 438 ff.). Braunſchw. §. 61. Bad. §. 156. 157. j. 158. Thüring. Art. 60. vgl. dag. die bair. Mot. zu Art. 86. Hufnagel a. a. O. Leonhardt I. 438 unt.

2) Ueber dieſe wunderbare Eigenthümlichkeit verliert Breidenbach I. 1. S. 455—457 kein Wort. Ebenſo freilich der neue bair. Entw.

3) Ausdrücklich geſagt im ſächſ., wirt., bad., thüring. GB., im ſächſ. Entw., ſtillſchweigend im hann. u. braunſchw. vgl. N. ſächſ. JB. 1844. S. 410 f. 1848. S. 371.

4) Dagegen Hufnagel I. 639 u. Beidtel ib. cit., Breidenbach S. 456 (der ſelbſt Verlängerung durch einen gewählten Vertheidiger ausſchließt!). Anders Weiß S. 270. nr. 2 u. die angef. Praxis. N. Jahrb. 1844. S. 412. Held u. Siebdrat S. 119. Leonhardt S. 444, und nach dem Wortlaut aller neuen Gbücher offenbar richtiger. ſ. auch Hufnagel Strafgb. mit Anm. S. 497.

5) A. M. Abegg; ſ. dag. Breidenbach a. a. O., Hye S. 595. Leonhardt a. a. O. Hufnagel I. 245. Sächſ. GB. Art. 63 u. die übrigen, die entw. allgemein lauten, oder ausdrücklich von zufälligen Umſtänden reden. Ueber den Fall, wenn die Strafe wegen Ueberfüllung der Anſtalt ꝛc. ꝛc. nicht angetreten werden kann, ſ. Goldtammer I. 163. Temme Gloſſ. S. 68, vgl. dag. die richtige Beſtimmung des heſſ. GBs Art. 32. Ein merkwürdiges Beiſpiel ſ. in meiner Schrift: Auerswald u. Lichnowsky. vgl. Schaffrath S. 621—623.

6) Hufnagel I. 246. 247. II. 815. III. 139. 140. Unbegründeter Tadel bei Breidenbach S. 455. ſ. dag. Leonhardt I. 444.* Hye S. 596.

7) eben wie die Haft überhaupt, ſofern nur der Angeſchuldigte die Verlängerung nicht ſelbſt verſchuldet hat (?). vgl. Mittermaier n. 1. z. F. §. 99. Thilo S. 171 (jedenfalls Halbheit).

8) Sächſ. GB. u. Entw. Thüring. GB.

9) Wirt., bad., thüring. u. braunſchw. GB. (Breym. S. 222). Sächſ. u. bair. Entw. Ueber die Berechnung bei Geldſtrafen ſ. Hufnagel III. 140 (abweichend vom bad. und braunſchw. GB.). vgl. Breidenbach S. 454.

gefügt haben. Nur das hannövr. GB. spricht allgemein von zeitlichen Strafen [1]). Auch über die Art und Weise der Abrechnung an zeitlichen Freiheitsstrafen variiren die Bestimmungen. Zunächst läßt das bair. GB. (auch der neue Entw.) eine solche überhaupt nicht bei geringeren Freiheitsstrafen zu [2]). Sodann aber entsteht die Frage [3]), ob hier, wie sonst bei Milderungsgründen, bei Erschöpfung des Minimums der Strafart in die nächst niedrigere herabzugehen sei? Konsequent wäre dies allerdings; gleichwohl verneinen es außer dem östr. [4]) alle Gbücher, in der Sache ganz richtig, eben weil es sich nicht um eine Strafmilderung handelt. Einige setzen auch ausdrücklich bei (was sich nach der richtigen Auffassung von selbst versteht), daß durch den Abzug an der Dauer die Strafart mit ihren gesetzlichen Folgen nicht geändert werden dürfe [5]). Darnach versteht sich aber von selbst, daß betr. Falls unter das Normalmaß der geringsten Dauer der betr. Strafart herabzugehen ist [6]). Endlich fragt sich, ob rein nach der Zeitdauer abgerechnet oder ob bei schwereren Strafarten die Dauer des unverschuldeten Arrests auf ein entsprechendes geringeres Zeitmaß reduzirt werden soll [7])? Die meisten Gbücher sprechen (wohl mit Recht) das Erstere aus.

§. 140.

Eine dritte Anwendung der Regel des §. 136 bildet die Strafverwandlung im Fall der Unmöglichkeit der Vollziehung der gesetzlich vorgeschriebenen Strafe, welche eine physische oder rechtliche sein kann. Solchen Falls muß nämlich der Richter den Willen des Gesetzes, damit es nicht unvollzogen bleibe, in einer andern Form vollziehen, d. h. eine von der unanwendbaren Strafe der Art nach verschiedene, dem Grade nach aber ihr gleiche substituiren. N. Rev. §. 214 und S. 895—897 [8]).

---

1) Darunter versteht Leonhardt S. 441 neben den zeitlichen Freiheitsstrafen auch die Geldstrafen und die Suspension, Bauer Anm. I. 591 u. Schlüter S. 84. n. 27 auch die Dienstentsetzung und Dienstentlassung. vgl. N. Jahrb. (sächs.) 1844. S. 413. Der Strafminderungsgrund des bad. GBs §. 158 ist allgemein ausgesprochen (abermals Halbheit).

2) Der Entw. setzt nur statt ½ Jahr bloß 3 Monate. Höchst willkührlich nimmt Breidenbach S. 456 für das hess. GB. eine ähnliche Beschränkung an. s. übr. N. sächs. JB. VII. 311.

3) Natürlich nur bei den Gbüchern, welche den falschen Gesichtspunkt einer Strafmilderung aufstellen, wie freilich die meisten thun.

4) Dieses läßt den „Mild.grund" überall nur als Strafminderungsgrund wirken.

5) Am meisten Zweifel erregt das hannövr. GB. s. aber Leonhardt S. 439. 440.

6) A. M. N. Jahrb. (sächs.) 1844. S. 415. s. dag. Weiß S. 271. nr. 3. 4.

7) Hiefür ist Wächter N. Arch. XIV. 324. n. 19. vgl. Goldtammer I. 163. n. 2. s. dag. Hufnagel I. 247. Breidenbach S. 452. n. 1. N. Jahrb. a. a. O. S. 413. 414. Mittermaier n. 4 z. F. §. 99. Nur das hannövr. GB. und der bair. Entw. folgen jener Ansicht. vgl. Held u. Siebdrat S. 120 (gegen die richtige Ansicht des O.A.Gs).

8) Chladenius de arbitrio judicis in commut. poen. 1728. Menken de tergo subsidiario. 1685. Klein §. 174 (schief). Kleinschrod II. §. 127 ff. Grolman §. 116—118. Feuerbach §. 158. 159. Tittmann §. 62. Der-

1) Die Strafverwandlung darf eben nur im Falle der Nothwendigkeit, nicht willkührlich erfolgen [1]). Und zwar handelt es sich hier im Ganzen nur von einer Verwandlung der gesetzlich angedrohten, nicht der bereits rechtskräftig erkannten [2]) Strafe, welche letztere Frage in den Prozeß gehört [3]). In jenem Fall muß sie aber eintreten [4]), wobei zwar die Wahrheit, daß es schwer, ja unmöglich ist, einen absoluten Gleichungspunkt zwischen verschiedenen Strafübeln festzusetzen, nicht zu läugnen ist [5]), aber darin sowenig ein Grund zur Unterlassung der Operation liegt, als der Richter von der Anwendung eines und desselben Strafübels deshalb abstehen darf, weil dies nicht auf alle Individuen gleich wirkt [6]). Es kommt nur eben darauf an, die Gründe der Nothwendigkeit der Verwandlung gehörig zu bestimmen, was mehrfach nicht vollständig [7]), nicht richtig [8]) oder auch in ungebührlicher Ausdehnung [9]) geschieht. Sie sind theils —: A) physische; dahin gehört a) der Fall, wenn der Schuldige das Gut nicht oder nicht mehr besitzt, welches eben durch die gesetzlich bestimmte Strafe entzogen werden soll (z. B. Geld, Amt, bürgerliche Ehre ꝛc.) [10]); b) wenn lokale Gründe die Vollziehung unmöglich machen [11]). B) rechtliche; a) wenn vermöge der individuellen Beschaffenheit des Schuldigen die gesetzliche Strafe in eine höhere Strafart umschlagen würde (z. B. schwere Arbeitsstrafe, körperliche Züchtigung bei einem Gebrechlichen) [12]), b) im Falle der Konkurrenz mehrerer Strafen (wo denn auch physische Unmöglichkeit eintreten kann) [13]) s. o. Mit Unrecht werden aber noch andre Gründe hierhergestellt, namentlich aa) wenn die gesetzliche Strafe außer Gebrauch sei [14]); bb) wenn der Schuldige die gesetzliche Strafe nicht oder nur in

---

sted Grundr. S. 376—386. Martin §. 54. Henke I. S. 579 ff. Wächter I. §. 120. Roßhirt Entw. S. 486 ff. (handelt nicht vom Thema). Jarcke I. 306. Bauer §. 147. 148. Abh. I. 218—222. Abegg §. 154. Heffter §. 158. 159. Marezoll S. 165 ff. Mittermaier n. 1. 2 z. F. §. 159.

1) Sehr unbehilflich gelangt zu diesem einfachen Satze Kleinschrod §. 127.

2) Viele behandeln die Frage mit (z. B. Wächter) oder verwirren sie gar mit der hierher gehörigen (z. B. Kleinschrod, Bauer). Auffallender Weise spricht das Zürch. GB. §. 35 f. nur von Verwandlung rechtskräftig erkannter Strafen.

3) Martin §. 53. n. 1. vgl. Feuerbach Rev. I. 225 ff.

4) A. M. Mittermaier n. 1 in Beziehung auf Landesgesetze (!?).

5) Unnöthiges Gewicht legt hierauf Marezoll; s. auch Grolman, Henke, u. bes. Oersted.

6) vgl. Oersted S. 375—378, der hier verschiedene Gesichtspunkte durcheinander mengt (wie auch Klein). Die vernünftige Konsequenz jener Ansicht ist die, daß man neuerdings statt abs. bestimmter Strafgesetze relativ bestimmte giebt.

7) so z. B. bei Feuerbach.

8) z. B. bei Klein.

9) bei sehr Vielen, bald mehr, bald weniger.

10) L. 1 §. 3 D. de poen. (48. 19). l. 35 D. de injur. (47. 10). L. 6 C. de sep. viol. (9. 19). L. 4 C. de serv. fugit. (6. 1). II Feud. 53 §. 1. P.G.O. Art. 157. 216. vgl. Plitt anal. j. crim. p. 361 sq.

11) §. 6 J. de publ. jud. (IV. 18). P.G.O. Art. 104. 131. vgl. Bauer Abh. I. 219. ** (jetzt unpraktisch).

12) s. schon Carpzov qu. 140. n. 43 sq. u. die dort Citt.

13) Mit Unrecht stellt Bauer dies besonders. s. dag. Abegg Lb. S. 236.

14) so Bauer, Heffter. Hier hat aber der Richter nicht eine Strafe zu verwandeln, sondern die durch den Gerichtsgebrauch legitim gewordene anzuwenden. Diese zu verwandeln kann er aber allerdings im Falle sein, ebenwie jede gesetzlich bestimmte. s. auch Mittermaier n. 1.

geringerem Grade als Uebel empfinde [1]); cc) wenn die Strafe auf das Daſein einer gewiſſen Vorausſetzung berechnet, dieſe aber im konkreten Falle nicht vorhanden ſei [2]), dd) wenn der hauptſächliche Nachtheil der Strafe einen Unſchuldigen treffen würde [3]); ee) wenn der Grund des Geſetzes dunkel und zweifelhaft ſei [4]); ff) wenn der aus der Strafe fließende Vortheil geringer ſei, als der gegenwärtige Schaden [5]); gg) wenn die Strafe dem Schuldigen vermöge ſeines Standes empfindlicher fallen würde. Zu läugnen iſt allerdings nicht, daß das römiſche Recht den höhern Stand geradenwegs zum Privilegium für mildere Beſtrafung machte [6]), wogegen das kanoniſche den entgegengeſetzten Grundſatz ausſpricht [7]). Das gemeine deutſche Recht ſtellt keine allgemeine Norm auf, enthält aber mehrere Beſtimmungen, die ſich möglicher Weiſe auch auf Berückſichtigung des Standes beziehen laſſen [8]). Daher nahmen auch die älteren Kriminaliſten meiſt an, daß bei arbiträren Strafen dieſe Rückſicht zu nehmen, namentlich betr. Falls beſchimpfenden Strafen andre zu ſubrogiren ſeien [9]). Unter dem Geſichtspunkte, daß es ſich hier nur um wahre Gerechtigkeit handle, behaupten es auch mehrere Neuere, und die Praxis folgte dieſer Anſicht [10]), ſowie ſich auch die neuere Geſetzgebung mehrfach dazu beſtimmen ließ, für Verbrecher höheren Standes eigene Freiheitsſtrafen einzurichten. Bei dem ſchlechten Zuſtande der gewöhnlichen Straf-

1) ſo Beseke in Plitt anal. p. 164 sq. Grolman §. 116. Feuerbach §. 137. Oerſted S. 366. 386. Schaffrath §. 84. Tittmann §. 63. vgl. Hurlebuſch Beitr. z. Civil- u. Krim.geſ.geb. H. 1. nr. 6. ſ. dag. ſchon Kress ad art. 137. §. 2. nr. 3. Böhmer Med. ad art. 137. §. 23. Henke I. 581 u. faſt alle Neueren.

2) Hagemann u. Günther Arch. I. 79. Quiſtorp §. 99. Kleinſchrod II. §. 127. Feuerbach §. 159. Jedenfalls zu unbeſtimmt. Das von Kleinſchrod angef. Beiſpiel iſt ohnedies unpraktiſch.

3) Engau §. 85. Quiſtorp a. a. O. Kleinſchrod a. a. O. Tittmann §. 62. ſ. dag. Henke I. 580.

4) Quiſtorp a. a. O.

5) Stelzer Grundſ. I. c. 13. §. 5. ſ. dag. Kleinſchrod §. 127.

6) L. 12 §. 1 D. de incend. (47. 9). L. 11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 1 §. 3 D. de abig. (47. 14). l. 1 §. 5. l. 3 §. 5. l. 16 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 §. 13 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 9 §. 11—15. l. 10 pr. l. 15. l. 28 §. 2. l. 38 §. 7—9 D. de poen. (48. 19). R. Hommel in Martin Coll. Diss. I. 53 sq. Kleinſchrod II. §. 70.

7) Csa. 25. qu. 1. c. 4. cap. 12 X de jurejur. (2. 24). Kleinſchrod II. §. 71.

8) Art. 158. 160. vgl. 106. 114. 119. 159. Reichsgeſ. geg. Gotteslaſterer 1495. §. 2. vgl. R.A. 1530. Tit. 2 §. 1. 1548. Tit. 1 §. 2. 1577. Tit. 1 §. 2. Kleinſchrod a. a. O. vgl. G. J. F. Meiſter Ueb. d. Einfluß, welchen der Stand d. Verbr. ꝛc. 1784. §. 7.

9) Carpzov qu. 148. n. 38—41. Böhmer hiezu obs. 4. Nolden de nobilit. c. 12. §. 10. Koch instit. §. 154. 170. Mauritius de nobil. germ. th. 47. Pufendorf de arb. jud. circa poen. Quiſtorp §. 99. n. f. u. die dort Citt. — vgl. C. Maxim. I. c. 1. §. 25, dag. aber Theres. Art. 11. §. 11.

10) G. J. F. Meister princ. §. 125. Renazzi II. 5. §. 19. not. 1. Martin §. 63. n. 4 (bei unbeſt. Geſ.). Jarcke I. 320. Wächter I. §. 118. n. 85 a. E. Häberlin I. 176. 177. Theilweiſe Oerſted Grundreg. S. 375 ff. Ebenſo nur in ſehr geringem Maße Heffter §. 158. n. 5. Marezoll S. 167. n. 1. (wie Martin). Die meiſten Neueren ſind jedoch mit Recht dagegen. ſ. z. B. Kleinſchrod II. 65—69. 104 (u. die dort Angef.). Tittmann §. 128. Henke I. 580. Bauer §. 142. Abegg S. 234. Roßhirt Lb. §. 92. vgl. auch die bei Tittmann Angeff. u. Mittermaier n. 1 z. F. §. 159. Temme Gloſſen S. 75. 76.

anſtalten ließ ſich dies auch in früherer Zeit einigermaßen rechtfertigen. Allein nach dem oben beim Strafenſyſtem Bemerkten iſt jede bloß auf den Stand berechnete Rückſicht der Art durchaus zu verwerfen [1]).

2) Durch die neuere Geſetzgebung iſt jedenfalls das bequeme Auskunftsmittel der bisherigen Doktrin, unſtichhaltige Strafverwandlungsgründe wenigſtens bei unbeſtimmten Strafgeſetzen (d. h. in der unendlich großen Mehrzahl der Strafſälle) zur Geltung zu bringen [2]), mit Recht abgeſchnitten, da die unbeſtimmten Strafgeſetze verbannt ſind und nur noch diejenigen Regeln in Anwendung kommen können, die man auch bisher ſchon bei beſtimmten Strafgeſetzen befolgte. Indeſſen ſind dieſe in der Regel ſehr mangelhaft behandelt, da ſie unvollſtändig und nur beiläufig zur Anführung kommen [3]). Unter den phyſiſchen Gründen (Anm. 1) kann es ſich allerdings nur noch um den unter A) a) angef. handeln, und in dieſer Beziehung iſt allerdings allgemein wenigſtens der Fall berückſichtigt, wenn der zu einer Geldſtrafe zu Verurtheilende zahlungsunfähig iſt, wo dann die Geldſtrafe in Gefängniß [4]) zu verwandeln iſt. Das preuß. LR. (II, 20. §. 85) beſchränkt dies nicht auf die geringeren Volksklaſſen [5]), ſondern will nur, daß gegen dieſe überhaupt nicht auf Geldbuße erkannt werde. Indeſſen geben die neueren Gbücher die Bedingung verſchieden an. Das eben angef. LR. nennt eben nur den Mangel an Zahlungsmitteln. Das bair. fügt den Armen (die nichts haben, oder ſelbſt um Verwandlung nachſuchen) Minderjährige und Verſchwender bei (Art. 34). Im Weſentlichen ebenſo das wirtemb. (Art. 46) [6]). Das hannövr. (Art. 29) und das heſſ. (Art. 13. 14) laſſen die Minderjährigen weg; ebenſo das ſächſ. (Art. 21) und das thüring. (Art. 15), die dagegen noch die Gemeinſchuldner nennen. Das bad. ſchreibt die Verwandlung vor bei Inſolventen und bei Minderjährigen auf Antrag der Eltern; es läßt ſie ferner zu bei Minderjährigen auf Antrag des Vormunds und bei Verſchwendern. Eigenthümliche Beſtimmungen ſind in Beziehung auf die dem Verletzten zufallenden Geldſtrafen beigefügt [7]). Das preuß. GB. (§. 17) nennt nur die Inſolvenz [8]).

---

1) Freilich liegt in Deutſchland ſowohl das Straffyſtem, als die rechte Würdigung der entehrenden oder minder entehrenden Natur der verſchiedenen Verbrechen größtentheils noch ſehr im Argen.

2) ſ. z. B. Martin §. 63. n. 4. Marezoll S. 167. n. 1. vgl. Feuerbach §. 160. Note u. A.

3) vgl. Mittermaier n. 2. u. Häberlin I. 174—181 (beide nicht genügend).

4) Damit ſind die früheren Erörterungen über Ausgleichung der Geldſtrafe mit körperl. Züchtigung, wie ſie das röm. Recht zuließ, überflüſſig geworden. ſ. z. B. Kleinſchrod II. §. 128. Oerſted S. 379 ff.

5) Dies meint Oerſted S. 383. — vgl. Reſkr. 24. Sept. 1834 (Mannkopf S. 21).

6) Der Zuſatz: wenn Unvermögende es verlangen, fehlt; dag. iſt bei Minderj. beigefügt: wenn die Eltern od. Vormünder die Buße nicht erlegen. Hufnagel I. 83—86. II. 893. III. 55. 56.

7) §. 159—161. Eine beſondre Beſtimmung in Bez. auf niedere öffentliche Diener enthält der §. 708. Geldſtrafen über 1000 fl. können in (nichtentehrende) Arbeitshausſtrafe verwandelt werden. §. 163. Die Fälle der alternativen Drohung von Geld- u. Freiheitsſtrafe gehören noch nicht hierher.

8) Iſt die zu verwandelnde Geldſtrafe neben Zuchthaus auszuſprechen, ſo iſt ſie in Zuchthausſtrafe zu verwandeln. vgl. übr. hinſichtlich des Maximums Goldtammer I. 192 u. Temme Gl. S. 79.

Das öſtr. (§. 260) führt als Grund an: wenn die Geldſtrafe den Vermögensumſtänden oder dem Nahrungsbetriebe des Schuldigen oder ſeiner Familie zu empfindlichem Nachtheil gereichen würde [1]). Um die läſtigen Erkundigungen über Solvenz abzuſchneiden, ſchlagen das thüring. GB. Art. 15, der bair. und ſächſ. Entw. [2]) einen neuen Weg ein, der Vieles für ſich hat; es ſoll nur auf Geldſtrafe erkannt und erſt, wenn nach Ablauf einer gewiſſen Friſt dieſelbe nicht entrichtet wird, dieſe Strafe in Gefängniß verwandelt werden, jedoch mit Vorbehalt des Rechts für den Schuldigen, ſich auch dann noch von der Freiheitsſtrafe, resp. dem Reſt derſelben loszumachen [3]). — Nicht die gleiche Fürſorge treffen die meiſten neuen Gbücher für andre Fälle der phyſiſchen Unmöglichkeit des Strafvollzugs [4]). Eine ſolche kann eintreten: a) bei Ehrenſtrafen, wenn ſie an ſolchen vollzogen werden ſollen, welche die betr. Rechte bereits verloren haben. Beſtimmungen hierüber haben nur einige wenige Gbücher [5]). Andern fehlen ſie, weil ſie keine eigenen Ehrenſtrafen haben [6]), wieder andern trotzdem, daß ſie ſolche haben [7]); b) wenn ein zu lebenslänglicher Freiheitsſtrafe Verurtheilter nach der Verurtheilung ein neues (nicht mit Todesſtrafe bedrohtes) Verbrechen begeht. Auch dieſen Fall bedenkt nur ein Theil der neuen Gbücher [8]). — Was dagegen B) die rechtlichen Gründe betrifft, ſo iſt der unter a) genannte gleichfalls nur theilweiſe berückſichtigt. Für den Fall, wo körperliche Züchtigung lebensgefährlich wirken würde, iſt er es in einigen Gbüchern [9]). Es kann aber auch der Fall eintreten, daß Freiheitsſtrafen ohne ſchweren Nachtheil für die Geſundheit

---

1) Iſolirt ſteht das braunſchw. GB., welches gar keine ſelbſtändigen Geldſtrafen kennt.

2) Und zwar nach dem bair. Entw. Art. 21 ohne neues Erkenntniß nach einem ein für alle Male kraft des Geſetzes beſtimmten Maßſtabe, nach dem ſächſ. (Art. 25. 26) durch neues Erkenntniß (wie das thüring. GB.).

3) Dieſer Vorbehalt fällt für Verſchwender und Gemeinſchuldner nach dem ſächſ. Entw. weg. Zugleich behält derſelbe auch dem Richter noch nach der Verwandlung das Recht vor, auf die Geldſtrafe zurückzukommen (?). Das thüring. GB. hat keinen Vorbehalt.

4) Der Fall der Konkurrenz wird hier vorerſt bei Seite gelaſſen, da er vorzugsweiſe unter die Kategorie der rechtlichen Nothwendigkeit der Verwandlung fällt.

5) Wirt. Art. 51—53. j. Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 7. 8. (Ueber viele hiebei entſtehenden Fragen ſ. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 52—54.) Braunſchw. GB. §. 249. Bad. §. 169. Heſſ. Art. 441.

6) Dahin gehören das ſächſ., thüring.

7) Hierher gehören das bair., hannövr., preuß., öſtr. (§. 242. j. 259) GB.

8) Wirt. Art. 128. Braunſchw. §. 25. Heſſ. Art. 102. Bad. §. 168. — Die Schärfungen, welche hier zur Anwendung kommen, ſind als Strafe (Surrogatſtrafe) zu betrachten. Höchſt wunderlich iſt es, wenn Krug Stud. I. 98. 111 in ſolchen Fällen die Grundſätze von der Konkurrenz angewendet wiſſen will. Nach dem franz. u. ſardin. Recht erfolgt Todesſtrafe auch wenn das neue Verbrechen nicht an ſich todeswürdig iſt (!). Wegen Preußen vgl. Temme Gl. S. 69.

9) Bair. GB. Art. 26. Wirt. GB. Art. 49. ſ. zwar Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 3. dag. Geſ. 17. Juni 1853. Art. 9. 10. Im ſächſ. GB., das die Prügel mit ſo beſondrer Vorliebe anwendet und ſich ſonſt ſo ausführlich darüber verbreitet, fehlt es an Beſtimmungen über dieſen Punkt. vgl. Weiß S. 81. 82 (?) u. den Entw. Art. 13. Ueber Oeſtreich ſ. Hye S. 400—402. Das hannövr. GB. kennt die körperliche Züchtigung nur als Surrogatſtrafe. ſ. übrigens Art. 24, 4. Das braunſchw., heſſ., bad., thüring., preußiſche ſind überall von dieſem Makel rein.

nicht vollſtreckt werden können. Für dieſen ließ das preuß. LR. §. 87 ſtatt aller zeitlichen Freiheitsſtrafen auf Geldbuße erkennen. Andre Gbücher ſchließen dies jedoch mit Recht aus, um jede Bevorzugung der Beſitzenden abzuſchneiden [1]). Eine eigenthümliche Behandlung der Geldſtrafe überhaupt findet ſich im braunſchweig. GB. [2]). Dagegen ſchreiben auf dieſen Grund, d. h. auf die vermeintliche Nothwendigkeit der Wahrung der Rechtsgleichheit hin mehrere Gbücher [3]), wenn es ſich von Verbrechern höheren Standes und höherer Bildungsſtufe handelt, die Verwandlung der gewöhnlichen Freiheitsſtrafen in Feſtungshaft vor, weil die Gleichſtellung mit den Verbrechern der niedrigen Klaſſe und der Zwang zu den ſchweren Arbeiten der gemeinen Strafanſtalten eine ungerechte Härte für jene mit ſich bringen würde. Dieſe verwerfliche, bloß ariſtokratiſche Sonderung iſt jedoch nicht zu verwechſeln mit einer nach der Natur der begangenen Verbrechen ſich beſtimmenden Trennung der Freiheitsſtrafarten, welche freilich bis jetzt erſt ſporadiſch in einzelnen Anwendungen ſich findet [4]). Endlich leiten aus dem Grunde a) mehrere Gbücher ganz mit Recht die Vorſchrift ab, daß, wenn Gefängnißſtrafen durch ihre Dauer den Nahrungsſtand des Schuldigen oder ſeiner Familie gefährden würden, die Dauer der Strafe unter Hinzufügung der geſetzlichen Schärfungen verkürzt werden dürfe [5]). Auf ähnlichen Erwägungen (freilich ziemlich unbeſtimmter Art) beruht die hie und da angeordnete Verwandlung der Gefängnißſtrafe in Handarbeit [6]). —

---

1) Bair. GB. Art. 34. Wirt. Art. 46. Hannövr. Art. 29. Stillſchweigend enthalten daſſelbe das ſächſ. (das aber freilich durch Art. 20 das Uebel auf andre Weiſe herbeiführt), heſſ., thüring., preuß. GB. Goldtammer I. 190. 191. Anders das öſtr. GB. §. 261, das aus ganz beſondern Rückſichten Arreſt in Geldſtrafe verwandeln läßt, u. relativ das badiſche §. 707. Zürch. GB. §. 37. Waadtländ. GB. Art. 28. — Ueber die Frage, ob ſofort die Strafe wegfalle, ſobald u. ſoweit ſie nicht vollzogen werden kann, ſ. Schaffrath S. 505. 506. A. M. Weiß S. 291. Wirt. Str.Proz.O. Art. 434 (vgl. jed. Strafgb. Art. 38! Goldtammer I. 112. 113).

2) §. 18. vgl. Breym. S. 177—180.

3) Bair. GB. Art. 19—21. 27. vgl. Anm. I. 101—104. Reſkr. 8. Apr. 1815. Gönner Jahrb. I. 50. III. 146 (konſequent u. ohne weitere Verletzung der Gleichheit vor dem Geſetze). Wirt. GB. Art. 13. 18. 23 (inkonſequent und mit weiterer Privilegirung — beim Feſtungsarreſt — verbunden; zum Theil verbeſſert durch das Geſ. 13. Aug. 1849. Art. 2). Hannövr. GB. Art. 23. 30 V. 175 (!). ſ. dag. auch Leonhardt I. 147, der im Uebrigen der Beſtimmung an ſich das Wort redet. S. 127. 128. — Heſſ. GB. Art. 11. 293. 294 (beſchönigt, ſo gut es geht, bei Breidenbach I. 1. S. 350—355. 469). Bad. GB. §. 52. 55. 62. vgl. jedoch §. 51 (ſchon weit weniger anſtößig). Das ſächſ. u. thüring. GB. laſſen Feſtungsſtrafe nur im Wege der Begnadigung eintreten, was verwerfliche Halbheit iſt. ſ. dag. das braunſchw. GB. §. 13 u. die Mot. Breym. S. 171, desgl. das preuß. GB. u. über Oeſtreich Hye S. 372—375. ſ. übrigens §. 262 (Hausarreſt). Das Erachten f. Meklenb. 1. S. 74. 75 will jedenfalls mit Recht die mildere Behandlung durch längere Dauer der Strafe aufgewogen haben.

4) z. B. die Einſchließung im preuß. GB. A. M. ſcheint Goldtammer I. 100. ſ. aber die von ihm ſelbſt S. 96—100 angef. Entwicklung des Gegenſtands in der Geſetzgebung.

5) Bair. GB. Art. 30. Bl. f. Rechtsanwend. IV. 347. Hannövr. Art. 22. Oeſtreich §. 55. 260. b. Bedenklicher iſt die hier (vgl. §. 248) zugelaſſene Verwandlung des Arreſts in körp. Züchtigung bei Dienſtboten, Geſellen, Lehrjungen ꝛc.

6) Sächſ. GB. Art. 14 (Groß I. 111. II. 63. Bemerk. S. 22. Weiß S. 98—102). Thüring. GB. Art. 14. vgl. auch hannövr. GB. Art. 12 (v. Bothmer II. 196 f. Leonhardt I. 94. 95).

b) Ueber den Fall der Konkurrenz s. o., wozu hier nur noch nachzutragen ist, daß die meisten Gbücher [1]) sowohl dann, wenn Jemand zugleich in Freiheitsstrafen verschiedener Art zu verurtheilen, als wenn er vor oder während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe zu einer Freiheitsstrafe andrer Art auf's Neue zu verurtheilen ist, sehr zweckmäßig die Strafen geringerer Art in die härtere (natürlich unter Kürzung der Dauer) verwandeln lassen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen lassen ferner mehrere Gbücher eine Verwandlung der Freiheitsstrafe in körperliche Züchtigung eintreten bei (meist bloß bei ausländischen) Vagabunden, Bettlern u. dgl. [2]), — bei jugendlichen Uebertretern [3]), — und bei erwachsenen Personen, wenn sie aus Eigennutz, Rache, Bosheit, Muthwillen ꝛc. gewisse Verbrechen wiederholt verübt haben [4]).

3) Liegt nun einer der angeführten Gründe vor, so muß die unvollziehbare Strafe sofort in eine andre Strafart unter Einhaltung des gleichen Quantums verwandelt werden. Es genügt nicht, soviel zu vollziehen, als physisch möglich ist und das Uebrige dem Schuldigen zu schenken [5]). Gänzlich willkührlich war es aber natürlich, wenn die Aelteren in der Regel aus Mißverständniß des römischen Rechts [6]) dem Richter die Befugniß ertheilten, auch ohne das Dasein eines Verwandlungsgrundes die Infamie durch Erkennung einer härteren Strafe auszuschließen [7]). — Welche Strafarten nun aber eben, und in welchem Verhältnisse sie sich koordinirt, resp. subordinirt seien, das war nach gemeinem Rechte [8]), und war selbst nach Partikularrecht [9]) bis zur neueren Zeit außerordentlich schwer, ja meist unmöglich mit Zuverlässigkeit zu bestimmen. Die Verweisung auf die

---

1) Eine Ausnahme macht allein das östreichische. Spezielle Ausnahmen bestehen nach dem hess. GB. (hinsichtlich der Festungsstrafe). Breidenbach I. 2. S. 535 u. nach dem sächs. Ges. 30. Juli 1846. §. 1.

2) Bair. GB. Art. 31. s. dag. Ges. 12. Mai 1818. Art. 6. Bl. f. Rechtsanw. XV. 401. Sächs. Art. 22. 23 (unendlich roh; im neuen Entw. Art. 23 beibehalten!). Wirt. Art. 48. Hannövr. Art. 24. — s. Breidenbach I. 1. S. 310—313.

3) Bair. GB. Art. 99 (s. dag. Oldenb. Nov. 11. Okt. 1821). Sächs. GB. Art. 22 (Entw. Art. 23 modifizirt; s. aber Art. 13. 86). Hannövr. Art. 99. Wirt. Ges. 17. Juni 1853. Art. 10 (nur bei überlegter Bosheit, besonderer Verdorbenheit, beharrlicher Arbeitsscheue oder Genußsucht). vgl. dag. das öst. GB. §. 270 j. 253 (wo die Züchtigung nur als Strafschärfung aufgeführt ist).

4) Sächs. GB. u. Entw. a. a. O. Wirt. Ges. a. a. O. Hier sind die Bedingungen dieselben wie in der vor. Note, und das Individuum muß in der Regel ein solches sein, das zugleich oder schon früher die Ehrenrechte verwirkt hat. Auch hier steht daher die sächs. Gesetzgebung einzig in ihrer Art da.

5) Grolman §. 117 will erst dann zur Verwandlung schreiten, wenn der gesetzliche Strafgrad in keinem Theil, resp. die gesetzliche Strafart gar nicht anwendbar ist. s. dag. Wächter I. §. 120. n. 90. vgl. auch Klein §. 174. Oersted S. 378.

6) L. 63 D. de furt. (47. 2). L. 13 §. 7 D. de his qui not. (3. 2). L. 10 §. 2 D. de poen. (48. 19). L. 15 pr. D. ad municip. (50. 1). l. 4 C. ex quib. caus. inf. (2. 12).

7) s. dag. Kleinschrod II. §. 129. Grolman §. 171. not. c. Wächter I. §. 112. n. 59.

8) vgl. Mögling de eo quod justum est circa proportionem in poen. surrog. 1734. Quistorp Beiträge II. 2. S. 1—53. Kleinschrod III. §. 110—127. Tittmann §. 77—81. Grolman §. 173. Martin §. 96. 97. Wächter I. §. 104. Marezoll S. 156—159.

9) s. z. B. Wächter Wirt. Strafarten S. 278 ff.

Natur der Sache war aber gerade in dieser Frage eben ihrer eigenthümlichen Natur halber eine ungemein prekäre Aushilfe [1]). Hier war daher dringender, als anderswo, Abhilfe durch die neue Gesetzgebung geboten. Gleichwohl ist sie meist nur unvollständig getroffen worden, wie schon das in Anm. 2 Angef. ergiebt. Vergleicht man aber die Bestimmungen, welche die verschiedenen Gbücher über das Verhältniß der Freiheitsstrafen unter einander, resp. derselben zu den Ehren- und den Geldstrafen, sowie zur körperlichen Züchtigung aufstellen, so zeigt sich ein so merkwürdiges Auseinandergehen der Ansichten [2]), wie man es kaum für möglich halten sollte, weshalb sich hier keine gemeinsamen Normen angeben lassen.

B) Das richterliche Ermessen.

§. 141.

Andrerseits darf jedoch (§. 135) die richterliche Gewalt keine bloße Maschine sein. Da es vielmehr (§. 134) in der Natur der Gesetzgebung liegt, nur die allgemeinen Normen festzustellen und sich vor Kasuistik zu hüten, so muß sie auch diese ihre Schranke anerkennen und eben deßhalb dem richterlichen Ermessen einen Spielraum für konkrete Bestimmungen offen lassen. Die Strafgesetze dürfen daher, da von keinem Verbrechen gesagt werden kann, daß die Modifikationen der Schuld, wie sie bei andern Verbrechen sich finden, bei ihm sich indifferenziren, nicht absolut, sondern nur relativ bestimmt sein; und die Gesetzgebung muß dem Richter gestatten, nach demselben Maßstab der Strafbarkeit, den sie selbst befolgt, die konkrete Strafe auszumessen. N. Rev. §. 213.

1) Die gemeinrechtliche, auf den Unterschied von bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen gebaute Lehre über das richterliche Ermessen ist durch den Fortschritt der neueren Gesetzgebung größtentheils unbrauchbar geworden. Sie war aber auch an sich nicht geeignet, über das begriffsmäßige Verhältniß der richterlichen Gewalt zur Gesetzgebung aufzuklären, weil eben jene Unterscheidung nur ein Kompromiß über die Vorfrage war, ob eben die Strafgesetze bestimmt sein sollen oder nicht [3]). Litt sie deshalb in philosophischer Beziehung an Halbheit, so war

---

1) vgl. Oersted S. 379 ff. Grolman §. 118. Henke I. 581—583.

2) Oft haben dieselben Gesetzgebungen bedeutend in der Ansicht gewechselt. s. z. B. über Gleichung von Geld- und Freiheitsstrafe das preuß. GB. §. 17. 335. u. das A. LR. §. 88. 89 nebst späteren VOen; — über Gleichung von Ehren- u. Freiheitsstrafen das wirt. GB. Art. 51—53 und das Ges. 13. Aug. 1849. Art. 7. 8. — Ueber Gleichung von Freiheitsstrafe u. körp. Züchtigung das wirt. GB. Art. 48. 49 (selbst schon verschieden) u. das Ges. 17. Juni 1853. Art. 10. u. dagegen (50 Hiebe = 1 Jahr Ges.) die sächs. Ges.gebung (30 Hiebe = 1 Woche Ges.!!). Das östr. GB. setzt 20 Hiebe als Maximum (die sächs. Gesetzgebung 90!!). Noch größer ist die Divergenz hinsichtlich der Geldstrafen.

3) d. h. bei den Denkenden, während der Troß, dem es nur so fern als möglich von der Philosophie wohl ist, den Unterschied einfach als einen in dem verkommenen Zustande des gemeinen Rechts thatsächlich gegebenen aufnahm. vgl. N. Rev. S. 859. 860. 861—867.

zugleich ihre poſitivrechtliche Begründung eine ungemein prekäre, weil die Quellen des gem. Rechts in dieſem Punkte nur wenig zuverläßigen Halt gewähren. In der That iſt von ihnen behauptet worden [1]), daß ſie bei beſtimmten Strafgeſetzen überall jedes richterliche Ermeſſen ausſchließen (wogegen freilich daſſelbe bei unbeſtimmten um ſo ſchrankenloſer freigelaſſen ſein ſollte). Dagegen nahm weit die Mehrzahl der Kriminaliſten von jeher an, daß die gemeinrechtlichen Geſetze auch bei ihren beſtimmten Strafdrohungen nur die gewöhnlichen Fälle vor Augen hätten, mithin nothwendig dem Richter das Recht geben müßten, in Fällen erhöhter oder verminderter Schuld die Strafe zu ſchärfen oder zu mildern [2]), wobei denn freilich über den Umfang dieſes Rechts keine Uebereinſtimmung war. Im Allgemeinen hatten wohl die Letzteren Recht. Nur freilich ließen hinſichtlich alles Näheren die gemeinrechtlichen Quellen den Richter faſt ganz rathlos [3]), daher in der Praxis die üppigſte Willkühr wucherte. — Uebrigens war im römiſchen Reich ſelbſt die Stellung der Richter zum Strafgeſetze zu verſchiedenen Zeiten eine ſehr verſchiedene geweſen [4]), unter der Republik die des unmittelbaren Volksgerichts ebenſo ungebunden, als die der Richter in den Quäſtionen gebunden [5]), unter den Kaiſern dagegen die der neuen Gerichte in der erſten Hälfte der Periode eine ſehr freie, bis zur bedenklichſten Willkühr gehende [6]), wogegen in der zweiten Hälfte dieſe Freiheit wieder ſehr bedeutenden Einſchränkungen unterlag [7]), ſo jedoch, daß bei unbeſtimmten und relativ beſtimmten Strafgeſetzen natürlich das richterliche Ermeſſen noch immer einen ſehr weiten, bei beſtimmten wenigſtens einen geſetzlich

---

1) Feuerbach D. de caus. mitig. poen. in Martin Coll. I. p. 480 sq. Rev. I. 219 ff. 343 ff. (Anders ſpäter im Lb., wenn auch nur theilweiſe.) Reindl üb. Schärfung und Milderung der Strafen. 1811. — In Bez. auf Schärfung Ziegler Theorie d. Strafſchärfung. 1806. S. 63 f. 104 f. Martin §. 55. Roßhirt Lb. §. 85. 86. Entw. S. 44—55 (human, aber inkonſequent). Hefftter §. 153—155. Bauer §. 144 (modifizirt). Abegg §. 150 (unentſchieden). Mittermaier n. 1 z. F. §. 96. Marezoll S. 168. 169 (ſehr modifizirt). Hohbach N. Arch. IX. 101. Beitr. z. Strafr. 1836. S. 209.

2) Unter den Neueren beſ. G. J. F. Meister princ. §. 104 sq. (ſ. indeſſen §. 109). Klein z. Quiſt. Nachträge S. 446 f. 471 f. Grolman §. 98 f. 111 f. 168 f. Kleinſchrod I. §. 78. 176. II. §. 55—57. 103 f. 125. Salchow Darſtell. I. §. 80 f. 110. 111. Tittmann I. §. 114. 119. Henke I. §. 83 f. Mittermaier im N. Arch. IV. 410 f. Welcker letzte Gründe S. 560 f. Wächter I. §. 114. n. 64. §. 115. n. 66. Jarcke I. 304. n. 10. In Bez. auf Milderung auch die in der vor. Note Angeff.

3) Feuerbach §. 102. b. not. 6, Bemerkungen, deren tiefe Wahrheit zwar der beliebten hiſtoriſchen Modemethode gemäß beſtritten, aber nicht durch eine wiſſenſchaftliche That widerlegt worden iſt.

4) A. M. Geib N. Arch. 1836. S. 208. ſ. jedoch Denſ. Geſch. d. röm. Krim.prozeſſes.

5) vgl. Geib Geſch. 126. 127. 147. — 298—302. 363, wo der Unterſchied nicht deutlich hervortritt. Cic. Verr. I. 47. de invent. II. 19.

6) Anders urtheilt Geib S. 661. ſ. jed. S. 660. not. 466. 467. Paul. R. S. I. 5, 2. V. 23, 1. 24, 1. Coll. I, 2. VIII, 4. XI, 8, 4. l. 28 §. 15 D. de poen. (48. 19). l. 21 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 3 §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 3. 6 pr. D. ad l. Jul. pec. (48. 13). ſ. auch Besserer D. de mitig. poen. j. crim. Rom. 1827. Roßhirt Entw. S. 93—95.

7) L. 8 §. 2 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). pr. J. de off. jud. (IV. 17). Nov. Majorian. 9. vgl. v. Savigny Syſt. I. 119—121. 157—161.

geregelten Spielraum behielt [1]). — In den germaniſchen Ländern war ebenfalls natürlich das Volksgericht nicht durch das Geſetz gefeſſelt, und dieſe Freiheit wurde auch von den Schöffengerichten feſtgehalten [2]). Daß ſie aber auch auf die gelehrten Gerichte übergieng, war die natürliche Folge davon, daß die P.G.O. in dem Beſtreben, die möglichſt reiche Befruchtung der Praxis durch die Reſultate der Arbeit der Wiſſenſchaft zu bewirken, ſo unzählige Male auf den Rath der Rechtsverſtändigen verwies, nach der Geſtalt der Sache zu urtheilen anwies, und überall dem richterlichen Ermeſſen günſtig war. Der bald darauf eingetretene Stillſtand der Reichsgeſetzgebung trieb aber dieſes richterliche Ermeſſen mit Nothwendigkeit in die völlige Willkühr hinüber, — und zwar in eine um ſo gefährlichere, je weniger feſter Halt eben in den verſchiedenen Nationalitäten und Jahrhunderten angehörigen Quellen zu finden war. In der That behauptete denn auch von den Gloſſatoren an die italieniſche und die deutſche Doktrin mit Entſchiedenheit nicht nur das möglichſt freie richterliche Ermeſſen bei unbeſtimmten Strafgeſetzen, ſondern auch das richterliche Schärfungs- und Milderungsrecht bei beſtimmten Strafgeſetzen [3]). Hiegegen war die zu Ende des vor. Jhs eingetretene, beſonders durch Feuerbach energiſch angeregte Reaktion unzweifelhaft dringendes Bedürfniß. Der Fehler war nur, daß man bei beſtimmten Strafgeſetzen das Kind mit dem Bade ausſchüttete [4]), dagegen bei unbeſtimmten nur die eine Art der Willkühr mit einer andern vertauſchte, was abermals um ſo verderblicher dadurch wurde, daß weit der größte Theil der gemeinrechtlichen Strafgeſetze eben in die Kategorie der unbeſtimmten übergegangen war [5]). Fragt man nun nach der

---

1) L. 12 §. 1 D. de incend. (47. 9). L. 1 pr. §. 1. l. 5. l. 6 pr. l. 7 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 43. 45 D. de inj. (47. 10). l. 27 §. 2 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 7 §. 1 D. ad Sct. Turp. (48. 16). — l. 14 §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 11 pr. l. 13. 16. §. 1. l. 37 D. de poen. (48. 19). Rein S. 232—244. Geib S. 657—661. Mit Unrecht meint daher dieſer, die Vorſtellung von der Unterordnung der richterlichen Gewalt unter die geſetzgebende habe dem Alterthum ganz gefehlt. ſ. auch Gerſtäcker im N. Arch. VI. 463—466.

2) ſ. z. B. Zöpfl Bamb. R. S. 126—128. Sonderbar iſt die Beweisführung von Gerſtäcker a. a. O. S. 466—470, der übrigens, wie Geib, fortwährend die Frage über die derogatoriſche Kraft des Gerichtsgebrauchs mit einmiſcht. Ungeſchichtlich iſt Mittermaier Fortbildung I. 246—248. Noch mehr die Bemerkung von Montesquieu esprit VI. c. 3. vgl. auch Henke I. 561. 562.

3) ſ. beſ. Carpzov qu. 142. u. die dort Angeſſ. vgl. Wächter I. §. 115. n. 66 u. not. 92 hinter §. 120. Wie ſehr ſelbſt in der 2ten Hälfte des vor. Jhs die Geſetzgebung noch einer ſehr großen Freiheit des richterlichen Ermeſſens geneigt war, zeigt die Theres. u. ſelbſt noch das GB. Joſephs II.

4) Dies wurde von Kleinſchrod, Grolman, Tittmann, Salchow, Welcker, Wächter, Jarcke, Mittermaier, zum Theil auch von Roßhirt ganz mit Recht geltend gemacht, daher ſich denn auch Feuerbach ſpäter zu Einräumungen herbeiließ. ſ. auch ſeinen nachgelaſſenen Entw. Tit. V. Art. 7.

5) Wächter gem. Recht S. 120 f. 128 f. 137 f. Martin §. 9. n. 10. Bauer §. 80. n. a. — ſ. z. B. Hommel rhaps. qu. obs. 439. Tittmann im N. Arch. I. 352 f. über Ungarn ſ. Hye S. 610. 611. Note. — vgl. indeſſen Püttmann de arbitrio jud. e foro ꝛc. eliminando. 1771. Bucher D. de arb. jud. non omnimodo arbitr. 1776. v. Eck de jud. arb. ꝛc. legib. circumscripto. 1776. Martini de judice cauto ꝛc. 1783. Abh. über die Natur und Grenzen d. richterl. Willkühr in Hagemann u. Günthers Arch. I. Böhmer Liter. §. 124.

Wirkung der gedachten Reaktion, so verlief sie sich, was das gemeine Recht betrifft, in eine Sackgasse, d. h. um die Beschränkung des richterlichen Ermessens bei bestimmten Strafgesetzen bekümmerte sich die Praxis, soweit davon bekannt ist, nur wenig; dagegen theilte sich hinsichtlich der unbestimmten Strafgesetze die gemeinrechtliche Doktrin in zwei Lager, deren Streitigkeiten mit dem Zusammenschwinden der praktischen Anwendbarkeit des gemeinen Rechts keinen Einfluß mehr gewinnen konnten. Um so mächtiger war dagegen die Einwirkung auf die Gesetzgebung, wovon nachher. — In Betreff der unbestimmten Strafgesetze hatte nämlich, wie gesagt, von jeher die Doktrin ein fast ungebundenes richterliches Ermessen geltend gemacht. Sie trieb ohne gesetzlichen und ohne philosophischen Kompaß auf dem Meere schrankenloser Willkühr umher [1]). Hiegegen war es nun unfehlbar ein Gewinn, wenn Feuerbach forderte [2]), daß man festen aus der Philosophie geschöpften Regeln folgen solle. Man hat dies, während es einerseits großen Anklang fand [3]), andererseits sehr anstößig gefunden und zum Theil mit großer Emphase bekämpft [4]). Allerdings war nun theoretisch die gegnerischerseits aufgestellte Ansicht richtiger (§. 25), daß die ergänzenden Regeln nicht aus Philosophie und Politik, sondern aus Geist und Analogie des positiven Rechts selbst zu entnehmen seien. Nur war dies leichter gesagt, als praktisch in Ausführung gebracht [5]), und Viele von denen, welche Feuerbach bekämpften, hatten gleichwohl kein Arg daran, selbst Grundsätze über den Maßstab der Strafbarkeit aufzustellen, die keineswegs bloß aus dem positiven Recht, sondern eben auch aus der Philosophie genommen waren, wenn auch unter anderm Namen [6]). Auch hat Feuerbach selbst später [7]) seine Behauptung dahin modifizirt, daß, soweit die Gesetze allgemeine oder besondre Anhaltungspunkte gäben, diese aller-

---

Die Neueren s. in den ffen Noten. Sehr euphemistisch spricht sich über die Praxis Roßhirt aus; Entw. S. 95. 96. bes. s. noch Mittermaier üb. d. neusten Zustand S. 62 f. u. Fortbildung I. 245 ff. u. Stübel hinter der erstgenannten Schrift S. 32—40.

1) Bei relativ bestimmten Gesetzen war es allerdings anders. Doch kam es auch hier vor, daß man bei alternativ bestimmten Strafen darüber stritt, ob der Richter oder der Verbrecher die Wahl habe? s. z. B. Leyser sp. 644. m. 6. u. dagegen Quistorp Beitr. II. 1. §. 22. — Wächter I. S. 188. 243.

2) Rev. II. 199 f. Lb. §. 77. 78. 102 a.

3) Grolman Ueb. d. Begründung des Strafr. S. 118 f. Grundsl. §. 76 ff. Kleinschrod II. §. 133 ff. v. Almendingen Imputation S. 174 f. Renazzi I. c. 13 §. 10. II. c. 4. Zachariä Anfangsgründe d. philos. Krim.R. v. Globig Entwurf eines Maßstabs d. gesetzl. Zurechnung S. 126 f. Tittmann §. 54 f.

4) Thibaut Krit. d. Feuerb. Theorie S. 36 f. 59 f. Henke krim. Versuche I. 43 f. 101 f. Martin §. 58 ff. Salchow Darstell. I. 96 ff. Roßhirt Lb. §. 93 f. Gros Naturrecht §. 377. Schröter §. 35. Collmann die Lehre vom Strafrecht S. 63 f. Wächter I. S. 242. 243. Jarcke I. 299—331. Abegg §. 153 f. Heffter §. 162. Marezoll S. 160—164. Mittermaier N. Arch. IV. 427. 428. u. n. 1. z. F. §. 102 b.

5) Roßhirt Entw. S. 26—30. 85—89. 96—98. 100—103. Heffter a. a. O. Mittermaier in der angef. n. 1 beweisen nicht, was sie behaupten.

6) s. z. B. Henke I. 491 f. Welcker letzte Gründe S. 68 f. Roßhirt Lb. §. 95. Abegg §. 141 f. Heffter §. 95 ff. vgl. auch Santen Versuch, die Größe der Verbrechen ꝛc. zu bestimmen. Gegen Henke s. die gute Bem. von Roßhirt Entw. S. 98.

7) Lb. §. 102 b. vgl. Grolman §. 165.

dings zunächst zu befolgen seien; wornach der Streit seine Schärfe verlor [1]). Besonders bestritten war übrigens namentlich bis in die neuere Zeit die Frage: ob bei unbestimmten Strafgesetzen der Richter auch auf die Todesstrafe erkennen dürfe, welche Frage nach dem gemeinen Rechte durchaus zu bejahen war [2]), wogegen Vermögenskonfiskation nach der P.G.O. Art. 218 bei unbestimmten Strafgesetzen nicht ausgesprochen werden durfte. Die ganze Frage über die Anwendung völlig unbestimmter Strafgesetze ist jetzt eine antiquirte.

2) Die gegen die Ausartung der Richterwillkühr in der zweiten Hälfte des vor. Jhs eingetretene Reaktion hatte nämlich jedenfalls das große Verdienst, die unbestimmten Gesetze aus der Strafgesetzgebung zu entfernen. Daß sie vorerst zu einer übertriebenen Vorliebe für möglichst bestimmte Gesetze und zu einer ebenso ungerechtfertigten als verderblichen Einschränkung des richterlichen Ermessens auf den möglichst kleinsten Raum führte, lag in der Natur der Dinge. Indessen hat man die Klagen darüber theilweise übertrieben [3]). — Die Frage, wie die Strafgesetze in Beziehung auf das Verhältniß zwischen der richterlichen und der gesetzgebenden Gewalt eingerichtet sein sollen, entscheidet sich sowohl nach ihrer politischen als nach ihrer juristischen Seite nur zu Gunsten der relativ bestimmten Gesetze. Absolut unbestimmte würden die Gesetzgebung in die Hand des Richters legen und die Rechtsprechung der Gefahr subjektiver Willkühr aussetzen, zum größten Nachtheil des Angeschuldigten und der Gesellschaft [4]). Absolut bestimmte würden umgekehrt das Recht der Verwaltung (hier der richterlichen Gewalt) auf relative Selbständigkeit aufheben, hiemit aber dem Gesetz selbst die Möglichkeit rauben, als lebendiger Geist verwirklicht zu werden [5]); die Folge wäre der Widerspruch der abstrakten Norm mit dem konkreten Reichthum des Lebens, hiernach materielles Unrecht, das fortwährend die Begnadigung sollizitiren und nothwendig

---

1) vgl. Bauer Lb. §. 149. 150 (not. c. d). Roßhirt Entw. S. 89—91 (richtig anerkennend, daß Feuerbach's Sätze keineswegs so abweichend vom gem. Rechte seien, wie Mittermaier, Wächter, Marezoll u. A. es darstellen). s. auch Hefftter §. 162. n. 1. Auffallend ist, daß Wächter I. S. 70. 243. 245 die F.'schen Grundsätze hart anficht, dagegen die daraus abstrahirten Regeln des bair. GBs S. 188 „meist richtig" nennt.

2) L. 13 D. de poen. (48. 19). l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. rep. (48. 11). A. M. Carpzov qu. 133. n. 17 (s. aber qu. 119. n. 17). Kress ad art. 105. Quistorp §. 101 (?). G. J. F. Meister princ. §. 106. Kleinschrod II. §. 134 (?). Birnbaum im N. Arch. XIII. 540 f. (mit eigenthümlicher Wendung) und nach ihm Bauer Abh. I. 184.* Marezoll S. 162. n. 4. Mittermaier n. l. z. F. §. 78. Dagegen aber Matthaeus Proleg. c. 4. n. 11. Böhmer ad C. qu. 133. obs. 2. Feuerbach Rev. I. 212 f. Grolman §. 174. Martin §. 62. n. 5. Wächter I. §. 121. n. 93. Abegg S. 239. Hefftter §. 162. n. 8. Geib Gesch. d. röm. Krim.proc. S. 659. — Gegen Birnbaum s. Platner quaest. p. 181 sq. und in der Hauptsache auch Rein S. 239—242. Unentschieden Roßhirt Entw. S. 99. Untersagt war es im C. Max. I. c. 1. §. 12.

3) s. z. B. Mittermaier N. Arch. IV. 421. 422. Grundfehler S. 33—45. Fortbildung I. 8 f. 249. 252 u. sonst. Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 8. u. A.

4) vgl. Zachariä üb. den bad. Entw. 1840. S. 7 ff., vor Allem aber das Zeugniß der Erfahrung seit Jahrhunderten in Deutschland. A. M. Mittermaier Fortbildung I. 258.

5) Wirth Ethik II. 203—205. 269. Nicht richtig ist die Darstellung bei Berner a. a. O. S. 4. vgl. N. Rev. S. 871. 872.

gerade die Achtung vor dem Gesetze untergraben müßte, welche man mit der absoluten Bestimmtheit desselben erreichen will [1]). Uebrigens verlangt jetzt Niemand mehr völlig unbestimmte und ebensowenig bloß absolut bestimmte Gesetze. Allerdings aber giebt es immer noch Viele, die zwar relativ bestimmte Gesetze als die Regel gelten lassen, daneben aber auch die absolut bestimmten nicht preisgeben wollen [2]). Immerhin liegt in der Anerkennung der Regel schon ein großer Gewinn, den man jedoch gefährdet, wenn man die Sache so darstellt [3]), als würde hier den Richtern ein Theil der gesetzgebenden Gewalt eingeräumt. Der weitere Fortschritt muß aber nothwendig zu dem Aufgeben aller Ausnahmen [4]) führen, in welchen die verkehrte Annahme liegt, entweder daß das Gesetz in gewissen Fällen jene seine abstrakte Natur verliere, vermöge der man ihm in der unendlichen Mehrzahl der Fälle einen der Mannigfaltigkeit der Erscheinung entsprechenden Rahmen geben zu müssen glaubt, oder daß es Verbrechen gebe, bei welchen jene mannigfachen Modalitäten der Schuld, denen man in der unendlichen Mehrzahl der Fälle durch Straferhöhungs- und Minderungsgründe gerecht werden zu müssen glaubt, als ganz indifferent erscheinen sollen [5]). Die näheren Bestimmungen über die Begrenzung des richterlichen Ermessens s. im ffen §en.

C) Die gesetzliche Begrenzung des richterlichen Ermessens.

(Strafzumessung und Strafänderung.)

§. 142.

Der Richter darf bei der Ausmessung der Strafe innerhalb des durch das relativ bestimmte Gesetz gegebenen Strafrahmens keine andern Grundsätze befolgen, als diejenigen, welche ihm das Gesetz entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch die von ihm selbst beobachteten Regeln über den Maßstab der Strafbarkeit vorschreibt. Aus dem Wesen des Strafrechts überhaupt folgt, daß der betreffende Maßstab nicht durch die moralische, sondern lediglich durch die rechtliche Natur der verbrecherischen Handlung bestimmt sein darf. Hiernach muß aber a) in objektiver Beziehung die Strafbarkeit sich vornämlich richten nach dem Werthe des verletzten Rechts und dem Umfang der Verletzung (wozu auch die dadurch erzeugte Gefahr gehört),

---

1) s. bes. Feuerbach in den betr. Ausführungen. s. auch Zachariä a. a. O. vgl. dag. auch v. Watzdorf Einl. z. den Jahrb. f. sächs. Strafr. I. 1. S. 9.

2) Auch Berner will bei todeswürdigen Verbrechen noch eine Ausnahme statuirt haben, wie schon Roßhirt Entw. S. 486 ff.

3) So Berner S. 4.

4) Durch die Ausscheidung dieses irrationalen Elements, das sich in der Gesetzgebung fortwährend vermindert, gewinnt die wissenschaftliche Darstellung sehr an Einfachheit. Die in den bisherigen Lehrbüchern stehende Behandlungsweise der ganzen Lehre paßt zu der Wirklichkeit im Leben ganz und gar nicht mehr.

5) N. Rev. S. 864—867. vgl. Grolman §. 120. Henke I. 563—567. Wächter I. S. 216 unt. Mittermaier N. Arch. IV. 423. Fortbildung I. 256. 260 ff. not. z. F. §. 77. n. 1. z. §. 94. A. M. Marezoll S. 169. n. 6. Bauer §. 92. not. d. Abegg S. 92 u. A.

sowie nach dem Vorhandensein gewisser sozialen Verhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten, — b) in subjektiver Beziehung nach dem Grade, worin die Objektivität des Verbrechens im Wissen und Willen des Verbrechers gesetzt war, besonders nach der Zahl und dem Gewicht der von dem Verbrecher zu überwindenden natürlichen oder sittlichen Hindernisse u. s. f. — Es sind nun übrigens diese Gründe theilweise der Art, daß sie die Strafbarkeit in außergewöhnlichem Maße steigen oder sinken machen, während andrerseits der Begriff des Gesetzes für die Strafe bestimmter Verbrechen bestimmte, durch das gewöhnliche Maß der Dinge bedingte Grenzen verlangt. Daraus ergiebt sich die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung, bestimmte Normen darüber zu geben, ob und unter welchen Bedingungen jene Gründe die Wirkung haben sollen, die Strafbarkeit des konkreten Verbrechens auch über die Grenzen des relativ bestimmten Strafgesetzes hinaus steigen oder fallen zu lassen. N. Rev. §. 213.

1) Abgesehen vorerst von dem noch immer in der Gesetzgebung sich vorfindenden Unterschiede von absolut und relativ bestimmten Strafgesetzen, herrscht wohl jetzt (auf dem Standpunkte des modernen Rechts) wenigstens darüber kein Zweifel mehr, daß der Richter bei der Strafausmessung überall keine andern Regeln befolgen dürfe, als diejenigen, welche ihm der Gesetzgeber ausdrücklich oder stillschweigend (durch sein eignes Beispiel) vorgezeichnet hat [1]). Jedenfalls ist daher die Ansicht verbannt, welche den Richter bezüglich des Maßstabs der Strafbarkeit an Philosophie, Kriminalpolitik, Gefühl u. s. f. verwies [2]). Nur freilich hat die gemeinrechtliche Doktrin trotz aller Deklamationen gegen Feuerbach und trotz aller Versicherungen, daß es leicht sei, vermöge geschichtlicher Verfolgung der Entwicklung des gem. Rechts bis auf die neuere Zeit herab ein zuverlässiges Resultat über den ihm gemäßen Maßstab der Strafbarkeit zu gewinnen, ein solches Resultat keineswegs geliefert. Die Philosophie behielt daher gegenüber der eiteln Prahlerei der — neuerdings so gern sich selbst beräuchernden und im Vorgefühl des Erfolgs pomphaft verkündigter, aber nie zu Tage kommender Leistungen schwelgenden — geschichtlichen Methode [3]) jedenfalls das Verdienst des ehrlichen und thatkräftigen Worthaltens voraus. — Daß sich aus den gemeinrechtlichen Quellen für sich kein irgend genügendes System über den Maßstab der Strafbarkeit entwickeln lasse, wurde wohl neuerdings fast allgemein empfunden [4]).

---

1) vgl. Grolman Bemerk. vor §. 163.

2) Nicht zu läugnen ist indessen, daß namentlich Mittermaier dieser früher von ihm sehr bekämpften Ansicht immer näher, ja ganz nahe kommt, indem er alle positiven Zumessungsregeln aus dem Gesetze verbannt, zur Milderung einen möglichst vagen Freibrief gegeben wissen will, und als Hauptquelle für den Richter die Volksmoral und das Volksrechtsbewußtsein anführt.

3) s. z. B. N. Arch. 1847. S. 353—357.

4) vgl. Roßhirt Entw. S. 27—30. s. indessen Wächter I. §. 105. 106. n. 41—46 (nicht in Uebereinstimmung mit der Methode, die ihm im N. Arch. 1836. S. 214 u. 1847. S. 353 so ganz besonders nachgerühmt wird). Martin §. 60. s. dag. Abegg §. 141.

Denn auf der flachen Hand lag ja, daß im innersten Fundamente für ein solches System das deutsche und das römische Recht sich geradezu entgegenstehen, sofern jenes die äußere, dieses die innere Seite des Verbrechens vorwiegend in Betrachtung zog. Stimmten beide auch in manchen Punkten überein, z. B. in der Anerkennung der bald straferhöhenden, bald strafmindernden Eigenschaft gewisser, z. B. Familienverhältnisse, in der Beachtung des Affekts, des Rückfalls u. s. w., so war doch wieder in einer Hauptsphäre, in der Frage nach der Werthabstufung der durch das Verbrechen verletzten Objekte eine durchgängige Uebereinstimmung beider Rechte schon von vorn herein nicht zu erwarten [1]). Von einer Amalgamirung beider Rechte konnte daher auf diesem Gebiete schlechthin nicht die Rede sein, obwohl sie — arglos und sinnlos genug — von Aelteren und Neueren oft versucht wurde. Die deutschen Reichsgesetze für sich allein hätten aber um ihrer fragmentarischen Beschaffenheit willen zu einem Systeme lange nicht ausgereicht; sie hätten also jedenfalls aus der gleichzeitigen Doktrin und Praxis ergänzt werden müssen, wenn auch nur von der Auffassung des 16ten Jhs ein anschauliches Bild hätte entstehen sollen. Daß freilich damit noch keineswegs ein anschauliches Bild der Praxis des 19ten Jhs gegeben worden wäre, liegt gleichfalls auf der flachen Hand. Nun hat man zwar mit großer Beruhigung versichert, daß der Gerichtsgebrauch von 3 JHn und die wissenschaftliche Verarbeitung nicht nur das alte und neue Material verbunden, sondern auch allgemeine Ansichten aufgestellt hätten, deren Geist bis in das einzelne Detail befriedigend und in den neueren Lehr- und Handbüchern zu finden sei [2]). Allein, sieht man die Leistungen der Wissenschaft unbefangen an, so findet man das gerade Gegentheil. Daß die Doktrin bis zum Ende des vor. JHs neben den Brocken, die sie aus den gemeinrechtlichen Quellen völlig kritiklos zusammenwarf, der absoluten, auch nicht durch Philosophie gezügelten Willkühr sich hingab, ist allgemein zugegeben [3]). Was aber die neueren Lehr- und Handbücher betrifft, so theilen sie sich in solche, welche offen ausgesprochen den Stoff aus der Philosophie nehmen [4]), und in solche, welche zwar hiegegen sehr eifern, gleichwohl aber hinterher dasselbe thun [5]). Nur wenige unter den letzteren suchen sich genauer an die gemeinrechtlichen Quellen anzuschließen [6]), kommen aber dadurch entweder zu Resultaten,

---

1) vgl. Jarcke I. 310. 311.

2) Roßhirt Entw. S. 29. vgl. 27. 89. 98 ob. ꝛc. vgl. Mittermaier n. 1. z. F. §. 102 b.

3) Mittermaier N. Arch. IV. 421. (s. jed. üb. d. neust. Zustand S. 63. 64?). Wächter I. S. 188. 203—206. 213. 242. 243.

4) so Kleinschrod II. §. 10—20. 130. 133. v. Soden Geist d. peinl. Ges. I. §. 2 ff. Feuerbach §. 103—125. Grolman §. 76—96. 163. Tittmann §. 49. 50. 55—57 ꝛc. ꝛc. v. Almendingen Imputation S. 174 f. Renazzi II. c. 4. Bauer §. 80—99. 150. v. Globig Entw. eines Maßstabs der Zurechnung. Zachariä Anf.gründe d. phil. Krim.rechts.

5) Freilich mehr oder weniger; so Henke I. 491 ff. Martin §. 60. 61 (am wenigsten). Abegg §. 140—146. Welcker letzte Gründe S. 268 f. Salchow Darst. I. §. 114—119. Lb. §. 118—136. Wächter I. S. 189. 190 (durch Berufung auf Welcker). Jarcke I. 308 ff. Heffter §. 95 ff. Marezoll S. 180—193. Mittermaier n. 1. z. F. §. 102. b. a. E. (mit rühmenswerther Aufrichtigkeit).

6) Namentlich Wächter, Martin, Abegg, Heffter, Marezoll.

die alle weitere Entwicklung seit der P.G.O. verläugnen [1]), oder beschränken sich auf die allgemeinsten Sätze, die man zwar kaum bezweifeln, mit denen man aber nicht viel anfangen kann [2]). Die aus der Philosophie entnommenen Maßstäbe wichen übrigens natürlich vielfach von einander ab, und hätten noch viel weiter abweichen müssen [3]), wenn nicht häufig ein glücklicher Takt zur Inkonsequenz geführt hätte. In der Regel wurde aber auch von diesen stets versichert, daß sie im positiven Rechte enthalten seien [4]). Unter diesen Umständen muß man auf eine irgend vollständige Darstellung der betr. Lehre nach dem gemeinen Rechte durchaus verzichten und sich mit dem Wenigen begnügen, was sich mit einiger Zuverläßigkeit angeben läßt. Dahin gehört a) daß nach deutschem Recht ein objektiver [5]) und subjektiver [6]) Maßstab der Strafbarkeit anzuerkennen ist. b) Was nun aber den objektiven Maßstab betrifft, so müßte allerdings gemäß dem Geiste, in welchem die peinliche Rechtspflege seit Jahrhunderten in Deutschland ausgeübt wurde (§. 123. Anm. 2), die Gefährlichkeit des Verbrechens [7]) als das leitende Prinzip betrachtet werden [8]). Indessen ist diese vornämlich von Feuerbach geltend gemachte Auffassung zwar in die neue Gesetzgebung und Praxis übergegangen, allein keineswegs allgemein und dauernd; vielmehr sind andre Auffassungen entgegengestellt [9]), und in den neueren Gbüchern die Einseitigkeit der ersteren jedenfalls bedeutend eingeschränkt worden [10]). Es erscheint daher als richtiger, dieses Prinzip auf die Bedeutung eines bloßen Moments zurückzuführen und lediglich von der objektiven Größe des Verbrechens überhaupt zu sprechen [11]). Als das Hauptmoment auf der objektiven Seite erscheint natürlich α) die Größe des verletzten Rechts. Was nun aber hierüber nach den Reichsgesetzen sich angeben läßt [12]), ist jedenfalls heutzutage ohne praktischen Werth; und, was aus der modernen Kriminalpolitik abstrahirt worden ist [13]), leidet großentheils eben an Abstraktion [14]) und läßt sich schon deshalb nicht für praktisches Recht ausgeben. β) Daß der Umfang der Verletzung, die Größe des

---

1) so Martin.
2) so bes. Abegg.
3) Konsequent verwirft z. B. Grolman einen objektiven Maßstab der Strafbarkeit, während Feuerbach inkonsequent ihn zuläßt (vgl. Thibaut Krit. S. 76 ff. Welcker letzte Gründe S. 228. Schaffrath Grundwissenschaft §. 96).
4) s. z. B. Grolman §. 163. Bauer §. 150.
5) P.G.O. Art. 104. 124. 127. 130. 131. 158. 167. 178 ꝛc.
6) P.G.O. Art. 146. 177 ꝛc. vgl. übr. Wächter I. S. 190.
7) vgl. Feuerbach §. 103 ff. Rev. II. 199 ff. u. Grolman §. 78. not. a. Bauer §. 80 ff. Heffter §. 91 ꝛc.
8) s. auch den C. Maxim. I. c. 1. §. 35, wo die Frequenz des Verbrechens (vgl. P.G.O. Art. 131) ausdrücklich erwähnt wird. vgl. Theres. art. 12. §. 5.
9) s. die ob. Darstellung der Strafrechtstheorieen.
10) §. 123. Anm. 3.
11) Abegg §. 141. N. Rev. S. 867.
12) Martin §. 60. Roßhirt Lb. §. 95. Salchow Lb. §. 110.
13) Kleinschrod II. §. 11. 12. Feuerbach Rev. II. 213—218. Grolman §. 77. 78. 81—83. Tittmann §. 49. Henke I. §. 75. Heffter §. 95. Abegg Anm. zu §. 141. Schaffrath Grundwissenschaft §. 95 a. n. 15—17.
14) so selbst bei Abegg, wenn er sagt, Verletzungen angeborener Rechte seien größer, als Verletzungen erworbener (man vgl. das pos. Recht über Injurie und Diebstahl), Verbrechen gegen moralische Personen größer, als die gegen physische u. s. f.

Schadens, die Größe der Gefahr zu den Momenten der objektiven Größe des Verbrechens nach deutschem Rechte gehören [1]), ist unbezweifelt, wenn gleich gerade in einer wichtigen Anwendung (auf den Versuch) in der neueren Gesetzgebung theilweise verläugnet (s. o.) [2]). γ) Nicht minder anerkannt ist, daß die objektive Größe des Verbrechens nach deutschem Recht häufig durch örtliche, zeitliche und soziale, besonders Familienverhältnisse bestimmt wird [3]). — c) In Beziehung auf den subjektiven Maßstab pflegen die Lehrbücher den Hauptstoff (d. h. die Schuldunterschiede bei dolus, culpa, Theilnahme ꝛc.) aus der Lehre von der Zurechnung zu borgen. (s. o. Theil I. Kap. 2). Das Uebrige reduzirt sich auf die Modalitäten α) der dolosen, β) der kulposen Verbrechen. Was die ersteren betrifft, so war es ohne Zweifel wieder ein Verdienst Feuerbachs, wenn er die vorgefundene [4]) Grenzverwirrung zwischen rechtlicher und moralischer Würdigung der subjektiven Seite am Verbrechen verwarf und den Rechtsboden auch hier zu säubern unternahm. Nur freilich modelte er seine Regeln ganz nach der Einseitigkeit seiner Theorie, wodurch sie vielfach unwahr wurden [5]). Es kann sich hier nur von der aus der Handlung selbst und den sie begleitenden Umständen erkennbaren größeren oder geringeren Intensität des verbrecherischen Willens handeln, wodurch nach den Momenten des Wissens oder des Willens eine größere oder geringere Schuld begründet wird. Die Schuld wird hiernach größer erscheinen, wenn der Wille aus freiem Antrieb das Verbrechen erzeugte, als wenn es dazu der Mitwirkung andrer Reizmittel (Noth, Gelegenheit, Verführung, Beleidigung ꝛc.) [6]) bedurfte; ebenso größer, je mehrere und je größere äußere oder innere Hindernisse zu überwinden waren. In der ersten Beziehung wird sich die Schuld namentlich dann größer darstellen, wenn der Verbrecher schon wiederholt, besonders wegen gleichartiger Verbrechen bestraft war [7]). In der zweiten dann,

---

1) P.G.O. Art. 104. 109. 112. 113. 124. 127. 157. 158. 160. 162. 178. vgl. C. Maxim. I. c. 1. §. 35. Theres. l. c. Preuß. LR. II. 20. §. 25 und besonders die herkömmliche Auffassung des Diebstahls überhaupt, des sog. gefährlichen Diebstahls, der Brandstiftung, die neuen Gesetze über Beschädigung von Eisenbahnen u. s. f.

2) Um so auffallender, da gerade dieses Element als uralt germanisches Erbtheil zu bezeichnen ist.

3) P.G.O. Art. 137. 165. 170. 171. vgl. die so oft von ital. Praktikern erwähnten Statute (german. Charakters), in denen Begehung bestimmter Delikte bei Nacht od. auf offener Straße, unter Betretung der Stadtmauern ꝛc. als Erschwerungsgrund angegeben wird. C. Max. l. c. „ob es an geweyht od. gefreyten od. an abseitigen Orten, nächtlicher Weil, in der Dunkle, zu Pestzeiten, in Feuerbrunst, Wassergefahr u. dgl. geschehen, — ob die beleidigte Person arm, krank, schwach, erbarmungswürdig, untergeben, anvertraut, charakterisiret und ansehnlich, od. gar eine Obrigkeit u. vorgesetzte Person gewesen." Theres. l. c.

4) s. bes. noch Kleinschrod I. §. 53 f. 168 ff. Stübel Syst. d. peinl. R. II. §. 240 f. vgl. dag. außer Feuerbach auch Welcker letzte Gründe S. 269. Mittermaier N. Arch. IV. 421. 425.

5) Rev. II. 72 ff. 380 ff. Lb. §. 116 f. s. dag. Thibaut Krit. S. 71 f. Oersted Grundreg. S. 314 ff. Mittermaier neust. Zustand S. 77. n. 1. z. F. §. 94. u. n. 1. z. §. 102 b. Wächter I. S. 190. Abegg §. 144.

6) vgl. P.G.O. Art. 166. 175. C. Max. I. c. 1. §. 32. 33. Theres. art. 11. §. 8, 2. 3.

7) P.G.O. Art. 161. 162. j. 158. C. Max. l. c. §. 35. Theres. art. 12. §. 5. Preuß. LR. §. 52. 53.

wenn er besondre Pflichten übertrat [1]), besondre äußere Hindernisse überwand [2]), besondre Grausamkeit bei der Ausführung bewies; — geringer, wenn er bemüht war, den Schaden zu ersetzen [3]), größeren Schaden zu verhüten [4]), wenn Jugend, Rausch und ähnliche Zustände das Wissen und Wollen zwar nicht aufhoben, aber seine volle und freie Wirksamkeit doch hinderten und damit den Entschluß erleichterten [5]). — Mit Unrecht werden dagegen auch von Neueren wieder bloß moralische Momente, wie die gute Absicht [6]), oder ganz allgemeine, mit der konkreten Handlung in keinem näheren Zusammenhang stehende Verhältnisse, wie Erziehung, Bildung, Stand, Geschlecht ꝛc. [7]) hierhergestellt; — Momente, die überdies zum Theil der eine als straferhöhend, der andre umgekehrt als strafmindernd bezeichnet. — Hinsichtlich der kulposen Delikte liegt es im Sinne des gem. Rechts, daß die Strafbarkeit steigt und fällt [8]) theils nach der Größe des Erfolgs, theils je nachdem dieser unmittelbare oder mittelbare Wirkung des Willens war [9]). — Mit dem Vorstehenden soll nun indessen nicht in Abrede gezogen werden, daß sich noch mancherlei andre, zum Theil widersprechende Anhaltspunkte aus den gemeinrechtlichen Quellen entnehmen lassen [10]), und daß es keineswegs bloße Täuschung und Willkühr war, wenn die Vertreter sehr divergirender Strafrechtstheorieen sich je für die Konsequenzen ihrer Ansicht auf das gemeine Recht beriefen. Hiernach erscheint es sogar als eine Wohlthat, daß die den Fortschritt in der Wissenschaft vertretenden Juristen zu Anfang des JHs unmittelbar an die Philosophie appellirten. Denn Ordnung konnte nur durch eine neue Gesetzgebung geschaffen werden, und wenn diese wirklich Ordnung schaffen wollte, so konnte es nur auf Grundlage eines Strafrechtsprinzips geschehen. Es geschah denn auch wirklich so seit dem Anfang dieses JHs und die neuere Gesetzgebung reflektirt die Hauptphasen, welche die Philosophie des Strafrechts seit der Wolffischen Periode durchlaufen hat, wenn auch freilich nicht immer rein, namentlich später, wo man das Heil im Eklektizismus suchte [11]).

2) Schon in der gemeinrechtlichen Doktrin [12]) tauchte die Unterscheidung

---

1) P.G.O. Art. 124. 137. Preuß. LR. §. 23. 24.

2) P.G.O. Art. 159. C. Max. l. c. Theres. art. 12 §. 5.

3) arg. P.G.O. Art. 160 (Wächter I. S. 219). Preuß. LR. §. 62. 63.

4) arg. P.G.O. Art. 178. vgl. Theres. art. 11 §. 10, 4 secdo. Preuß. LR. §. 60. 61.

5) P.G.O. Art. 164. 175. 179. Reichsschl. gegen Gotteslästerer 1495. §. 1. C. Max. I. c. 1. §. 14. 15. 17—19. Theres. art. 11. §. 3—6. Preuß. LR. §. 18.

6) Hefftter §. 106 (der §. 187 auch die Rechtsunwissenheit hierher zieht). vgl. Abegg Lb. S. 221. Unterf. S. 113—116.

7) Abegg S. 120—123. vgl. Spangenberg im N. Arch. VI. 138 f. 283 f. Bauer §. 93. 95. C. Max. I. c. 1. 25. 26.

8) Die größere Strafbarkeit der luxuria gehört in die Schuldlehre. ſ. o.

9) Wirth Ethik I. 133. Abegg S. 124. vgl. Bauer §. 98. n. d.

10) Bauer §. 80. not. c.

11) A. M. Hye S. 551 ff., der alle diese Gbücher „so ziemlich übereinstimmend" findet, obwohl er selbst darauf hinweist (S. 553 * j. S. 43. 44), daß das östr. GB. von 1803 einer andern Theorie sich angeschlossen habe, als das revidirte, dem er S. 360—364 Note im Wesentlichen das hier durchgeführte Prinzip der Vergeltung nach dem Werthe vindizirt.

12) Henke I. §. 83. 84. Roßhirt Lb. §. 84. n. 4. vgl. dag. noch Martin §. 56. Wächter I. §. 121. n. 94 (dag. Roßhirt Entw. S. 43). Erst unter dem Einfluß der neueren Gesetzgebung hat sich der Unterschied bestimmt fixirt.

zwiſchen Strafzumeſſungs- (Erhöhungs- und Minderungs)gründen [1]) und Strafänderungs- (Schärfungs- und Milderungs)gründen auf, zunächſt in Beziehung auf die Unterſcheidung beſtimmter und unbeſtimmter, — ſpäter aber (unter Preisgebung der letzteren) nur noch in Beziehung auf den Unterſchied zwiſchen abſolut und relativ beſtimmten Strafgeſetzen. In der erſteren Hinſicht war dagegen nichts zu erinnern, da man in der That bei einer geſetzlich unbeſtimmten Strafe, die erſt nach der Analogie beſtimmt werden ſollte, nicht von einer Strafänderung (Schärfung oder Milderung) ſprechen konnte, welcher Begriff vielmehr natürlich eine beſtimmte (wenn auch nur durch ein Maximum oder Minimum beſtimmte) Strafe vorausſetzte. Allerdings dagegen geſchah es ſchon in jener Hinſicht mehrfach, daß man unter den Zumeſſungsgründen (d. h. den Gründen höherer oder niederer Strafbarkeit) mancherlei Momente mit aufführte, welche man als Strafänderungsgründe bei beſtimmten Geſetzen (resp. relativ beſtimmten behufs der Ueberſchreitung des Maximums oder Minimums) keineswegs gelten laſſen wollte [2]). Dieſe Anſicht hat ſich denn auch neuerdings ſeit der Begrenzung des Unterſchieds auf abſolut und relativ beſtimmte Geſetze erhalten und iſt in die meiſten neueren Gbücher übergegangen. Sie iſt jedoch unrichtig und beruht auf einer irrigen Vorſtellung von der Natur und der wahren Aufgabe des Geſetzes [3]). Unläugbar trat ſie zuerſt als eine heilſame Reaktion gegen die gänzlich in Willkühr ausgeartete gemeinrechtliche Doktrin und Praxis auf. Allein ſie bewies ihre Unrichtigkeit ſchon damals durch die Inkonſequenz, in die ſie alsbald verfiel. Folgerichtig — ſowohl von der herrſchenden Ueberſchätzung der Macht und Leiſtungsfähigkeit der Geſetzgebung, als von dem Standpunkt der Androhungstheorie aus — mußte ſie eigentlich alles Strafänderungsrecht verwerfen und überall nur abſolut beſtimmte Strafgeſetze zulaſſen [4]). Erſteres geſchah auch vorerſt; aber Feuerbach ſelbſt lenkte ein und gab wenigſtens ein ausnahmsweiſes Milderungsrecht zu [5]). Herrſchende Doktrin wurde daher, daß Schärfung oder Milderung einer abſolut beſtimmten Strafe (resp. einer relativ beſtimmten über das Maximum oder Minimum hinaus) nur kraft eines ſolche Aenderung beſtimmt geſtattenden Geſetzes eintreten dürfe [6]). Nahmen aber hiemit die Strafänderungsgründe eine durchaus exzeptionelle Natur an, ſo ſchien es

---

1) Triftige Einwendungen gegen dieſen Sprachgebrauch ſ. bei Trefurt im N. Arch. 1838. S. 212—215. Gerade umgekehrt wird derſelbe bei Temme Gloſſen S. 113.

2) Paalzow Comp. §. 133. Püttmann Elem. §. 94. G. J. F. Meister princ. §. 122. Roßhirt Lb. §. 86. 95. Entw. S. 41. 42. Dag. Hepp Verſuche nr. 9 (ſpäter A. M.). Wächter I. S. 216. u. beſ. Mittermaier n. 1. z. F. §. 94 u. ſonſt.

3) ſ. §. 141. Anm. 2. a. E. N. Rev. S. 864—867.

4) vgl. Martin §. 51.

5) D. de causis mitigandi ex cap. imped. lib. (in Martin Coll. I. p. 480 sq.). Rev. I. 219 ff. 343 ff. vgl. Lb. §. 92—101.

6) Grolman §. 168—170. 174. Henke I. 558—567. Martin §. 51—53. 55—57. Roßhirt Entw. S. 39—103. Wächter I. §. 114—118. 120. 121. Jarcke I. 304—306. 308—331. Bauer §. 136—146. 151. Abegg §. 147—153. 155—158. Heffter §. 153—157. 160. 161. Marezoll S. 160—165. 168—180. In Beziehung auf den Umfang des Strafänderungsrechts, ſei es nach allgemeinen oder poſitivrechtlichen Grundſätzen, weichen die Genannten freilich theilweiſe ſehr unter einander ab.

ganz natürlich, sie auch als qualitativ verschieden von den bloßen Strafzumessungsgründen anzusehen, die nur innerhalb eines vom Gesetz freigelassenen Strafrahmens wirksam sein sollten. — So der Entwicklungsgang der Lehre im Allgemeinen. In Betreff der Lehre von der Strafänderung im Besondern waren jedoch die Ansichten auch unter den Neueren noch mehrfach sehr abweichend. Namentlich schloßen sich Viele derselben insofern an Feuerbach an, als sie ein Schärfungsrecht überall verwarfen [1]), während Andere ein solches in mehr oder weniger Fällen zuließen [2]). In Beziehung auf das Milderungsrecht wurde zwar allgemein die maßlose Willkühr der früheren Doktrin und Praxis verworfen, im Uebrigen aber herrscht über seinen Umfang keineswegs Uebereinstimmung. Rücksichtlich des gemeinen Rechts walteten hiefür die gleichen Gründe ob, wie in Beziehung auf das in Anm. 1 Ausgeführte. A) Als gesetzlich anerkannte Schärfungsgründe lassen sich nach diesem mit einiger Sicherheit nur angeben a) der Rückfall [3]), ohne daß sich jedoch sein Begriff (namentlich in Beziehung auf das Erforderniß eines gleichartigen, eines dolosen Verbrechens, früher erlittener Bestrafung ꝛc.) nach gemeinem Recht irgend sicher abgrenzen ließe, wie denn auch bestritten ist, ob er als allgemeiner, oder nur als besondrer Schärfungsgrund zu betrachten sei [4]), — eine Frage, die auch von der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. z. B. Sachsen und Wirtemberg) nicht übereinstimmend entschieden wurde; — b) besondere Pietätsverhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten (freilich nicht durchgängig, wie insbesondre das Beispiel des sog. Familiendiebstahls zeigt) [5]); c) das Ueberhandnehmen des fraglichen Verbrechens in der

1) Reindl, Martin, Roßhirt, Ziegler u. A. s. §. 141. Anm. 1. Freilich adoptirten nicht Alle den aus der F.'schen Strafrechtstheorie genommenen Grund.

2) Henke, Grolman, Wächter, Jarcke u. A. Indessen behaupteten Manche, die im Allgemeinen Schärfung zuließen, doch, es dürfe nicht in eine höhere Strafart übergegangen werden. Paalzow Comp. §. 136. Koch §. 156. Kleinschrod II. §. 125 u. A.

3) P.G.O. Art. 161. 162. j. l. 4 C. de serv. fugit. (6. 1). l. 28 §. 3 D. de poen. (48. 19). l. 1 D. de jure patron. (37. 14). l. un. C. de superexact. (10. 20). — L. Liutpr. VI. 26. Capit. Franc. 779. c. 7. (P. I. 39). Capit. 802. c. 38 (P. I. 96). Const. Olonn. 825. cap. eccl. c. 1 (P. I. 249). Capit. 846. c. 63 (P. I. 392). Capit. 854. c. 8. 12 (P. I. 429). Rec. conv. Alsat. 1051. §. 7 (Goldast II. 48). Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 9. Gl. z. sächs. Weichb. Art. 36. R.P.O. 1530. Tit. 1 §. 2. Rechtsb. K. Ludw. Tit. 2 §. 39. — Wirtemb. Gesetze bei Hohbach Beitr. z. Strafr. S. 290—303. Farin. qu. 18. 23. — C. Max. I. c. 1 §. 35. Preuß. LR. §. 52. 53.

4) Die Ansichten darüber sind sehr verschieden. s. z. B. Grolman §. 170. Henke I. §. 78. v. Schelhaß im N. Arch. II. 378 ff. Gesterding eb. V. 479 ff. Hohbach eb. IX. 100 ff. (Beitr. S. 270 ff.). Scheurlen eb. XI. 648 ff. (nur über das neuere Recht). Abegg eb. 1834. S. 415 f. Roßhirt Entw. S. 46—50. Wächter I. §. 117. n. 77. Jarcke I. 323. 324. Martin §. 61. n. 11. Salchow Lb. §. 114. Tittmann §. 115. Escher vier Abh. S. 189 f. Wendt de del. recid. 1824. v. der Does de plur. ab eod. comm. crim. 1826. v. der Bulke de relapsu in malef. 1829. v. Bothmer in Hitzig Annal. H. 18—20. v. Pfordten in Zurheins Zeitschr. f. Theorie u. Prax. II. 2. S. 151 f. Bauer Anm. I. 614 f. II. 277 f. Abh. II. 101 ff. Bolgiano Beitr. z. Lehre vom Rückfall 1843. Hefftter §. 102. Mittermaier §. 132 a. z. F.

5) P.G.O. Art. 124. 137. j. T. D. ad l. Pomp. de parric. (48. 9). l. 18 §. 8 D. de poen. (48. 19). C. Max. I. c. 1. §. 35. Grolman §. 170. Wächter I. §. 117. n. 78. s. dag. auch Roßhirt Entw. S. 50. 51. Hefftter §. 101. not. 2.

Gegend [1]). Wenn nun aber schon von diesen Momenten nicht erweislich ist, daß sie im gemeinen Recht allgemein als Schärfungsgründe angesehen seien, so sind andre, die man anführt, noch viel zweifelhafterer Natur, z. B. die Heiligkeit des Orts [2]), die Größe des Schadens, die besondre Geflissenheit, Grausamkeit u. s. f., wiewohl sich allerdings einzelne Stellen dafür anführen lassen und die straferhöhende Eigenschaft der gedachten Momente sehr viel für sich hat [3]). — B) Als gesetzliche allgemeine Milderungsgründe durften unbedenklich angenommen werden: a) die Jugend; über die Periode der Unmündigkeit s. o. §. 51. Anm. 1. und §. 26. Anm. 1. Bei Minderjährigen sind wohl die betr. Stellen des römischen Rechts [4]) dahin auszulegen, daß sie bei kulposen Delikten gelinder bestraft werden sollten [5]). Die P.G.O. spricht sich nicht direkt aus, scheint aber mit der Mündigkeit den Eintritt voller Strafbarkeit anzunehmen (s. §. 51. Anm. 1.). Die Aelteren sahen die Minderjährigkeit mehrfach [6]) als allgemeinen Milderungsgrund an; ebenso manche Neuere [7]), doch selten ganz unbedingt, da vielmehr meist entweder dolose Verbrechen oder delicta atrociora ausgenommen werden oder auf den Grundsatz: malitia supplet aetatem Bezug genommen wird. Ueber die Praxis sind die Behauptungen verschieden [8]). b) Die in §. 51 — 53 aufgeführten Gründe, sofern sie zwar nicht die Zurechnungsfähigkeit aufheben, aber doch in hohem Grade wirksam sind, wie Taubstummheit bei genossenem Unterricht, Blödsinn, Trunkenheit ꝛc. [9]). Dafür ist die communis opinio der Aelteren und Neue-

1) P.G.O. Art. 131. vgl. l. 16 §. 10 D. de poen. (48. 19). l. 1 pr. D. de abig. (17. 14). C. Max. l. c. Obwohl dies sehr im Geiste des gem. Rechts u. der Rechtspflege war, läugnen es die meisten, so auch Wächter n. 82, Grolman, Heffter. Einige sehen darin gar einen Mild.grund, z. B. Koch §. 104! — s. dag. Tittmann §. 130. Martin §. 55. n. 9. Püttmann Probab. II. 15. Bauer §. 145. vgl. den Art. 12 der Theres. §. 1—5.

2) s. dag. Roßhirt Entw. S. 51. 52.

3) vgl. überh. noch Richter de aggravat. delict. 1664. Leyser sp. 646. Paalzow obs. I. 15. Ziegler Theorie der Strafschärfung. 1806.

4) L. 9 §. 2. 3. 5. l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). l. 1 C. si adv. del. (2. 35).

5) F. A. Hommel de temper. poen. ob imbecill. intell. (b. Martin Coll. I. 460 sq.). Schröter §. 112. Henke I. 547. Wächter I. §. 116. n. 71 b. Bauer §. 141 a. not. b. Böhmer med. ad art. 179 §. 4 setzt noch den remissior doli gradus bei; ebenso Tittmann §. 122. Andre überhaupt geringere Delikte, so Heffter §. 104. n. 4. vgl. auch G. J. F. Meister princ. §. 123. Kleinschrod I. §. 88. Marezoll S. 174. 175.

6) Carpzov qu. 143. n. 16 sq. stellt jedoch die Sache nur fakultativ, vgl. Farin. qu. 92. n. 41 sq. Ang. Aret. beschränkte den M.Grund auf culpa. Die Meisten giengen aber weiter.

7) Namentlich Martin §. 56. n. 8. Mittermaier n. 5. z. F. §. 99. A. M. für die Regel Grolman §. 169. u. unbedingt Feuerbach §. 99. Unentschieden Abegg S. 233.

8) s. z. B. Tittmann §. 122. Roßhirt Lb. §. 89. u. dag. Wächter I. S. 224 ob. vgl. Jarcke I. 327. Der C. Max. I. c. 1. §. 15 läßt nur ausnahmsweise Milderung eintreten, wenn der Thäter näher an 14, als an 18 J., die Bosheit nicht zu groß u. Besserung zu hoffen sei. Ebenso die Theres. art. 11 §. 6 (jedoch nur bis zum 16. J. incl.). Ueber hohes Alter C. Max. §. 16. Theres. §. 6, 4.

9) Reichsschl. g. Gottesläst. 1495. §. 1. P.G.O. Art. 137. 175. 179. C. Max. I. c. 1. §. 17—21. Theres. art. 11 §. 3—5. 7—9.

ren [1]). Indeſſen werfen nicht nur die Aelteren, ſondern auch viele Neuere [2]) hier das Verſchiedenſte durcheinander, was großentheils davon herrührt, daß man alle Gründe des Wegfallens der Strafbarkeit in ein Ragout zuſammenbraut, daher unter die vorliegende Rubrik, die man auch wohl ganz unſchicklich: gemilderte Zurechnung nennt, unter Andrem Nothſtand, Zwang, Drohung, Irrthum, Befehl u. ſ. f. (warum nicht etwa auch eine „halbe oder Viertels-Nothwehr?“) geſtellt werden [3]), während doch c) derlei Momente nur inſofern in Betracht kommen, als dadurch die Intenſität des verbrecheriſchen Willens auf abnorme Weiſe verringert erſcheint [4]). Eine ähnliche Begriffsverwirrung iſt es, wenn Manche den Verſuch, die culpa und die geringeren Arten der Theilnahme unter die Milderungsgründe ſtellen [5]). — Andre allgemeinen Milderungsgründe laſſen ſich aus den Quellen nicht nachweiſen. Als ein beſondrer (d. h. bei gewiſſen Verbrechen eintretender) M.Grund darf nach deutſchem Rechte wohl der völlige Schadenserſatz geltend gemacht werden [6]). — Eine ganze Reihe von zum Theil überaus willkührlichen Mild.gründen, welche die Aelteren geltend machten [7]), iſt neuerdings allgemein verworfen: ſo z. B. Reue, früherer guter Lebenswandel, freiwilliges Bekenntniß, gute — resp. ſchlechte Erziehung, Gewohnheit (nach Andern Schärfungsgrund), Verzeihung oder Fürbitte des Verletzten, Unkenntniß der Größe der Strafe, glücklicher Ausgang der That, Geſchicklichkeit des Thäters, Stand, beſondre Verdienſte um den Staat, Hoffnung der Beſſerung, große Anzahl der Verbrecher, Verführung, Gelegenheit, intercessio paterna, ruptio laquei, Kinderzahl, Anerbieten eines Mädchens den Verbrecher zu heirathen, Uebergang zur chriſt-

---

1) A. M. Feuerbach. ſ. dag. beſ. Grolman §. 79. 95. Martin §. 56. Wächter I. §. 116. n. 72. 74. Henke I. 548. f. 306—338. Roßhirt Entw. S. 65—69. Abegg S. 233. Heffter §. 105. n. 2. Marezoll S. 175—177. Mittermaier n. 2. 3. 6. z. F. §. 94.

2) ſ. z. B. Jarcke I. §. 53. Bauer §. 141. a. u. b.

3) ſ. z. B. Wächter I. S. 226 ob., beſ. Bauer a. a. O., ferner Heffter §. 106. Abegg S. 233 u. A. vgl. C. Max. I. c. 1. §. 32. 33. Theres. art. 11 §. 8, 2. 3.

4) vgl. Roßhirt Entw. S. 65. 77. — Der Affekt gehört in die Schuldlehre.

5) ſo Martin §. 56 (z. Theil), Grolman §. 112. Wächter §. 116. Renazzi II. c. 5. ſ. dag. ſchon Heisler de justis poen. mitig. causis 1752. 1761. §. 17. 19. Feuerbach Rev. I. 234. u. die meiſten Neueren. — Ebenſo unrichtig iſt es, wenn man die Konkurrenz, oder die während der Unterſuchung unverſchuldet erlittenen Uebel unter die Milderungsgründe rechnet.

6) P.G.O. Art. 160. Böhmer ad C. qu. 148. obs. 3. Kleinſchrod II. §. 87. Roßhirt Lb. §. 91. Wächter I. S. 219. Bauer §. 140. Tittmann §. 126. Heffter §. 108. n. 1.

7) ſ. überhaupt üb. Strafmilderung: Tiraquell. de poenis-temperandis (64 M.Gründe!) Hagemeister de causis mitig. poen. 1660. Schragius de mitig. poen. 1682. Brantsen de remiss. ac mitig. poen. 1724. Strecker de potestate judicis poen. mitig. 1733. Heisler l. c. (ſehr brauchbar). Hoffmann de poena ord. nonnunquam mitig. 1762. Müller de caus. mitig. poen. 1777. de caus. mitig. spur. Reinhardt de caus. ex quib. judex falso potestatem mitig. poen. sibi arrogat. 1752. Die citt. Diss. von F. A. Hommel u. Feuerbach (bei Martin Coll.), Kleinſchrod II. §. 57 ff. Tittmann §. 119 f. Reindl üb. Schärfung u. Milderung. 1811. Drakestein de caus. poen. mitig. 1822. Besserer de mitig. poen. j. crim. rom. 1827. Hepp Theorie v. d. Zurechnung u. d. Mild.gründen 1836.

lichen Religion, Durchreise oder Fürbitte fremder Prinzen oder Kardinäle ꝛc. ꝛc. [1]). Indessen ist wohl zu bemerken, daß diese Mild.gründe großentheils von der Praxis durchaus anerkannt und daher geltendes Recht waren [2]). Einer namentlich, der in der Regel von den Neueren auch ohne Weiteres verworfen wird, ist, wenn auch in den Quellen nicht gegründet, doch nicht nur von der Praxis anerkannt gewesen, sondern auch in der That auf sehr tristigem Grunde beruhend, — der theilweise Ablauf der Verjährungszeit [3]). Mehrere andre, wie Verführung, Gelegenheit ꝛc. sind mindestens Beweisgründe oder (wie oben vom Befehl, Zwang, der Noth ꝛc. angef. wurde) Veranlassungsgründe für den Mild.grund c) [4]). Noch ist der aus dem Gebrauch, bei nicht vollständigem Beweise auf eine poena extraordinaria zu erkennen [5]), entstandene Milderungsgrund des Mangels am Thatbestande [6]) zu erwähnen, welcher mit Recht jetzt von den Meisten verworfen wird, da solchenfalls entweder ein andres Verbrechen, oder bloß Versuch oder gar kein Verbrechen vorliegt [7]).

3) Nach dem Bisherigen ist klar, daß der Stoff, den die neue Gesetzgebung hinsichtlich dieser wichtigen Fragen in den Quellen, wie in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts vorfand, von sehr zweifelhaftem Werth, und daß hier in der That ein neuer Boden zu legen war. Wenn dies gleichwohl nur in unvollkommener Weise geschah, so war die Pietät gegen das Herkommen gerade auf diesem Gebiete eine sehr übel angebrachte. Man mußte sich zuvörderst über zwei Grundfragen Rechenschaft geben; I. Welche Stellung soll der Richter zum Gesetze haben? II. Nach welchem Prinzip soll die Strafe (sei es nun vom Richter oder vom Gesetzgeber selbst) dem Verbrechen zugemessen werden? — Zu I) haben sämmtliche neuen Gesetzgebungen gegen eine in die Funktion der Gesetzgebung übergreifende Freiheit des richterlichen Ermessens sich erklärt, indem sie völlig unbestimmte Strafgesetze verwerfen. Dagegen haben sie in der ersten Periode nicht ebenso das andre Extrem, die Mechanisirung der richterlichen Funktion, vermieden [8]). Man hatte damals höchst übertriebene Vorstellungen von der Allmacht der Gesetzgebung, ihrer schöpferischen Kraft, ihrer Fähigkeit, den Stoff vollkommen zu beherrschen und materielle Vollständigkeit mit der nöthigen Abstraktion zu ver-

---

1) s. hierüber bes. Wächter I. S. 226—231. aber auch schon den C. Max. I. c. 1. §. 34. j. 23. 25. 26. 28. u. Theres. art. 11 §. 11 (zur Beschämung der noch lange hernach im alten Schlendrian fortfahrenden Doktrin). vgl. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 71—87.

2) Jarcke I. 330. 331.

3) s. ob. §. 127. Anm. 2. C. Max. I. c. 1. §. 29.

4) Heffter §. 108. n. 3.

5) Carpzov qu. 60. n. 36. 58—60. qu. 108. n. 23. 40. C. Max. I. c. 1. §. 21. Theres. art. 11. §. 10, 1.

6) s. z. B. Koch inst. §. 149. Quistorp §. 117. b. bes. aber Feuerbach §. 97. 98. und (mit feiner, aber willkührlicher u. am Ende nichtssagender Wendung) Roßhirt Entw. S. 56—62. Heffter §. 156. n. 2. Abegg §. 152. Anm. (unklar).

7) s. bes. Mittermaier N. Arch. III. 394 f. u. n. 1. z. F. §. 97. Oersted Grundreg. S. 118—124. Henke I. 568. Bauer §. 137. not. c. Tausch Rechtsfälle I. nr. 5.

8) s. bes. Mittermaier üb. d. neusten Zustand S. 62 ff. N. Arch. 1839. S. 161 ff. Fortbildung I. 8 ff. 245 ff. N. Arch. 1852. S. 159 ff.

einigen. In Frankreich [1]) kam eine (übrigens auch in Deutschland blind nachgesprochene) [2]) Berechnung in Beziehung auf das Geschworneninstitut hinzu, worin man sich bald genug bitter getäuscht sah. Obwohl man nun keineswegs soweit gieng, sich bloß auf absolutbestimmte Strafgesetze zu beschränken, so zeigten doch der code pénal, das östr. und bair. GB. eine sehr ausgesprochene Vorliebe für dieselben, und die relativ bestimmten, welche man gab, zeigten großentheils das Bestreben, dem richterlichen Ermessen wenigstens sowenig Spielraum als möglich zu lassen [3]). Da man es nun an der Härte der Strafbestimmungen überhaupt keineswegs hatte fehlen lassen, so rief jene Einseitigkeit zwar nicht das Bedürfniß eines richterlichen Schärfungsrechts, um so gewisser und dringender aber das eines richterlichen Milderungsrechts hervor. Auffallender Weise hatten aber die gedachten Gesetzgebungen gerade diesem aus ihrer Behandlungsweise mit Nothwendigkeit folgenden Bedürfnisse keine oder nur höchst geringe Rechnung getragen [4]). Die unausbleibliche Folge war eine empörende Härte der Rechtspflege, der man in Deutschland theils, wo es angieng, durch willkührliche Gesetzauslegung [5]), theils durch unaufhörliche Sollizitirung der Gnade (wodurch die Gesetzgebung in die schiefste Stellung kam) [6]), in Frankreich dagegen dadurch zu steuern wußte, daß die Geschwornen das harte Gesetz durch Lossprechung elidirten. Diese Erfahrungen sind nun für die seit 1838 erschienenen Gbücher nicht fruchtlos geblieben [7]); aber sie sind fast durchgängig weit nicht im erforderlichen Maße beherzigt worden. Nicht nur nämlich sind die absolutbestimmten Gesetze nirgends ganz aufgehoben worden, sondern es wirkt auch bei den relativbestimmten noch vielfach eine sehr engherzige Furcht vor Richterwillkühr nach [8]), welche nur freilich das Uebel, das sie vermeiden will, gerade erst recht hervorruft [9]). Und, was nicht minder nachtheilig ist, — eben dieses prinziplose Durcheinandermengen zweier verschiedenen Grundansichten über die Stellung der richterlichen Gewalt zur

---

1) Exposé des motifs zum GB. 1791. vgl. dag. Carnot Comment. sur le Code pén. art. 46. nr. 15. Schon die späteren legislativen Arbeiten unter der Republik erkannten den Fehler, den jedoch der Code pén. nur in sehr geringem Maße verbesserte. Hélie VIII. 220—224.

2) s. z. B. Roßhirt Entw. S. 32.

3) Den freisten Spielraum gab noch das östr. GB.

4) Der code nur bei délits, das östr. GB. nur in besonders dringenden Fällen (meist hat nur das Obergericht, resp. der oberste Justizhof das Recht, die Strafe zu ändern; dies wurde oft übersehen, weil das östr. GB. die Minder.gründe Milderungsgründe nennt), das bair. GB. nur bei Jugend, hohem Alter (?), und Mangel am Thatbestand (abgesehen von einigen Fällen im bes. Theil).

5) So wurde in Baiern der Art. 106 sehr ausgedehnt, wofür man sich freilich auf die Anm. I. 299. 302 berufen konnte. v. Spieß Ergänzungen ꝛc. zu Art. 120.

6) N. Arch. VIII. 27. vgl. Oldenb. Nov. 11. Okt. 1821. Mittermaier N. Arch. 1852. S. 161—163.

7) s. z. B. Bauer Anm. I. 260—270. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 149—151. 222—224. Gönner Mot. z. bair. Entw. 1822. Stübel hinter Mitterm. neust. Zust. S. 32—40. Escher vier Abh. S. 72 f. Bad. Mot. b. Thilo S. 17—20.

8) s. bes. die Schriften über den bair. Entw. v. 1822 von Oersted (vgl. Grundreg. S. 72 ff.), Spieß, Wellmer, Binder ꝛc., überhaupt aber die ganze neuere Gesetzgebungsliteratur.

9) wie namentlich die Kontroverse über das Mittelmaß zeigt. s. u.

gesetzgebenden stört nun auch die von der Wissenschaft gebotene Einheit in der Frage von der Strafzumessung, indem die falsche Auffassung des Unterschieds zwischen den Zumessungs- und den Strafänderungsgründen als eines qualitativen noch immer mitfortgeschleppt werden muß, während er doch vernünftigerweise nur als ein quantitativer betrachtet werden kann [1]). Und doch möchte dies noch hingehen, wenn nur über den Umfang des Strafänderungs- (besonders des Milderungs)rechts selbst Uebereinstimmung herrschte! Allein auch hieran fehlt es durchaus [2]), davon ganz zu schweigen, daß das Milderungsrecht hier in die Hände gelehrter Richter, dort in die Hände von Geschwornen gegeben ist [3]). — Sieht man vorerst einmal von dem irrationalen Elemente der absolutbestimmten Gesetze und dem Gefolge der damit zusammenhängenden Irrthümer ab und nimmt an, das System der relativbestimmten Gesetze werde in gebührender (weil aus dem Begriff des Gesetzes §. 134 folgender) Allgemeinheit anerkannt, so fällt alles Unnatürliche des Unterschieds zwischen Zumessungs- und Strafänderungsgründen weg. Beiderlei Gründe wirken bei allen Verbrechen gleichmäßig, und die Schärfungs- und Milderungsgründe sind nur eben potenzirte Erhöhungs- und Minderungsgründe [4]). Die Frage kann nur noch die sein: ob dieser Unterschied überhaupt beibehalten werden soll oder nicht? Die Entscheidung überhaupt fällt nicht schwer. Will man alle Strafänderung abschneiden, ohne doch das schreiendste Unrecht zu sanktioniren, so muß man entweder lauter absolute Strafen für alle denkbaren Fälle drohen, was eine Unmöglichkeit ist und, wenn man es doch versuchen wollte, bei der unausbleiblichen Lückenhaftigkeit des in Kasuistik aufgelösten Gesetzbuchs gleichwohl die Begnadigung in zahllosen Fällen nöthig machen würde [5]), oder man muß die Strafrahmen für alle Verbrechen so weit machen, daß sie auch alle denkbaren Fälle einer außerordentlichen Verminderung der Verschuldung mit umspannen [6]); — d. h. man muß entweder in das Extrem der absolut bestimmten oder in das der völlig unbestimmten Gesetze (thatsächlich) zurückfallen. Da nun beides gerade durch das System der rel.bestimmten Gesetze vermieden werden soll, so folgt nothwendig, daß die Strafrahmen bloß für die gewöhnlichen Fälle eingerichtet, dagegen für ungewöhnliche Fälle Strafänderungsgründe vorgezeichnet werden müssen. Die schwierige Frage ist nun aber eben

1) N. Rev. S. 864—867. Mittermaier n. 1. z. F. §. 94. u. A. (§. 141. Anm. 2. a. E.). Die Terminologie ist freilich hie u. da verworren, so im hannövr. GB., u. in andrer Weise im östr. GB.

2) vgl. z. B. das bair. GB. mit dem neuen art. 463 des Code p. od. auch nur mit dem braunschw. GB. §. 62.

3) Letzteres z. B. in Preußen, Baiern, Wirtemberg, Hessen, nach dem thüring. GB., ersteres in Oestreich, Sachsen. In Braunschweig verhält sich die Sache eigenthümlich. Strafpr.O. §. 140. (Justizorgan. Gesetze II. 82 ff.). vgl. auch hannövr. Strafpr.O. §. 188.

4) A. M. Welcker bei Mittermaier Fortbild. I. 256. n. 35.

5) Diesen Weg hat denn auch mit Recht keine neuere Gesetzgebung eingeschlagen. Auch in der Doktrin gehen selbst die erklärtesten Gegner des richterlichen Ermessens nicht bis auf dieses Extrem.

6) Konsequent führt dies natürlich zum Aufgeben alles Minimums. Dieses System enthielt der ungarische Entw. und ein Genfer Ges. 1814. s. Mittermaier in d. Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. XVI. 363 f. XIX. 217 ff., theilweise auch das von 1843. eb. XVIII. 137 f. u. ein Bremer Ges. 7. Febr. 1851.

die über den Umfang, in welchem dies letztere geschehen soll? Darüber ist man wohl jetzt fast allgemein einig, daß das richterliche Schärfungsrecht möglichst beschränkt werden soll, da es unfehlbar etwas Gehässiges und die Gesetzgebung es in der Hand hat, durch spezielle Strafbestimmungen bei einzelnen Verbrechen, durch Festsetzung höherer Stufen, durch Anordnung angemessener Schärfungsmittel bei den Freiheitsstrafen ꝛc. dem Richter die Aenderung der Strafe in pejus möglichst zu ersparen [1]). Wenn für denselben Zweck die Festsetzung hoher Maxima empfohlen wird [2]), so ist nicht beizustimmen, weil dadurch das Prinzip des Systems der relativ bestimmten Strafgesetze verletzt und das Mittelmaß zu hoch wird. Strenge Konsequenz würde vielmehr unläugbar eine gleiche Ausdehnung des Schärfungs-, wie des Milderungsrechts verlangen. Was zur Preisgebung dieser Konsequenz räth, ist daher nur die angeführte Erwägung, sowie die weitere, daß die fortgeschrittene Humanität eine Milderung des Strafsystems im Ganzen fordert, daher der Gesetzgeber, wenn er nicht bloß der Konsequenz zulieb die Strafrahmen für die gewöhnlichen Fälle zu nieder ansetzen will, auf eine völlig adäquate Berücksichtigung der Schärfungsgründe verzichten und sich mit den vorgedachten Auskunftsmitteln begnügen muß [3]). Als allgemeinen Schärfungsgrund stellen die neuen Gbücher nur den Rückfall auf, während sie im Uebrigen (freilich nicht auf gleichmäßige Weise) die angedeuteten Maximen befolgen (s. Anm. 5).— Um so weniger Uebereinstimmung herrscht in Beziehung auf das Milderungsrecht. Während der code pénal, das östr. und bair. GB. dasselbe höchst widernatürlich beschränkten, sind neuere Gesetzgebungen in das andre Extrem gefallen, indem sie hinsichtlich der Frage, welche Momente eine Strafmilderung bewirken

---

1) Der von Feuerbach §. 96 u. von Bauer §. 144 angef. Grund entscheidet allerdings nicht; ebensowenig der von Martin §. 55 geltend gemachte. vgl. aber Henke I. 567. Roßhirt Entw. S. 52—55. Abegg §. 150. Marezoll S. 169. 170. Mittermaier n. 1. z. F. §. 96. u. Neust. Zust. S. 67—70. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 151. Hélie révue de législat. 1847. II. 448 sq.

2) z. B. von Henke a. a. O. s. dag. Mittermaier Fortbild. I. 196—199.

3) Sehr unklar drückt sich Mittermaier im N. Arch. 1852. S. 161 aus. s. dag. bes. Roßhirt a. a. O. Unbestimmter Abegg. Wenn man Gerechtigkeitstheorieen aufstellt, so muß man sich nicht scheuen, im betr. Fall die Inkonsequenz offen einzugestehen (vgl. Erachten für Mecklenburg 1. S. 48). Dagegen schüttet andrerseits Möller Kritik des Strafmaßes, 1852, das Kind mit dem Bade aus. Eine scharfsinnige Auskunft trifft Baumeister Bemerk. H. 1. S. 101 ff., indem er überhaupt allen Unterschied zwischen Erhöhungs- und Schärfungsgründen verwirft und die Summe aller denkbaren Erschwerungsgründe im Strafmaximum fixirt wissen will. Er ist konsequent genug, hieran die Folgerung zu reihen, daß das Minimum als der Ausdruck des ordinarium (d. h. der Negation aller Erschwerungsgründe, d. h. der Position sämmtlicher Minderungsgründe) zu betrachten, hiernach der entsprechende Gegensatz zu den Erschwerungsgründen nicht in den Minderungs-, sondern in den Milderungsgründen zu suchen sei. Dadurch wahrt er nun allerdings die Konsequenz und trägt der im Texte geltend gemachten Erwägung Rechnung; er geräth aber damit nothwendig in die unnatürliche Folge hinein, daß er das Mittelmaß des Gewöhnlichen, was doch eben naturgemäß einen Spielraum verlangt, auf einen Punkt zusammendrängen muß; da er dies aber ganz richtig als unhaltbar erkennt, so wird er nun doch schließlich (S. 107—110. vgl. 119—121) inkonsequent, indem er die Wirkung der Milderungsgründe nicht auf dem Indifferenzpunkt, sondern erst „bei erheblichem Grade" beginnen läßt. Nach unsrer Ansicht versteht sich dies — ohne Inkonsequenz — von selbst, da die „unerheblichen Grade" eben noch in den Spielraum zwischen Maximum und Minimum fallen.

ſollen, das richterliche Ermeſſen ſchrankenlos frei laſſen. Dahin gehört das franz. Geſetz vom 28. April 1832 [1]), noch überboten durch ein genfer Geſetz von 1843 [2]). Dieſes Syſtem iſt aus dem doppelten Grunde verwerflich, weil es der That nach alle Strafgeſetze nahezu in unbeſtimmte verwandelt, und weil es durch das ausgeſprochene Motiv des Geſetzes, der Härte des code zu ſteuern, den Geſchwornen faktiſch eine Art von Begnadigungsrecht einräumt [3]). Indeſſen iſt es i. J. 1849 auch in Belgien angenommen worden [4]). Nur auf einem andern Wege kommt eben dahin das braunſchw. GB. §. 62, indem es für den Fall des Zuſammentreffens mehrerer Milderungs- resp. erheblichen Strafminderungsgründe allgemeinhin ein richterliches Milderungsrecht ſtatuirt. Mit Unrecht berufen ſich aber die Motive zu dieſem GB. [5]) auf das öſtreichiſche von 1803, da dieſes nur bei Verbrechen, denen nicht über 5 J. Kerker gedroht iſt, in dem gedachten Fall ein Milderungsrecht ſtatuirt, und nur wenn ſolche Milderungsgründe zuſammentreffen, welche die Beſſerung des Verbrechers erwarten laſſen. Nur in „beſondern Fällen" räumt es den Obergerichten auch bei ſchwereren Verbrechen ein ſolches Recht ein, ſetzt aber als Regel feſt, daß Milderungsgründe nur innerhalb des Strafrahmens wirken [6]). Das revid. GB. von 1852 hat die letztere Beſtimmung (§. 53) ausdrücklich wiederholt, und erſt die neuen Strafproz.Ordnungen haben allerdings bedeutende Ausdehnungen des richterlichen Milderungsrechts aufgenommen [7]). Es ſind jedoch dieſe allgemeinen Ermächtigungen des Richters aus demſelben Grunde nicht gut zu heißen, aus welchem die franz. Beſtimmung zu mißbilligen iſt, wenn gleich das richterliche Ermeſſen doch inſofern wieder beſchränkt wird, als ihm wenigſtens die Gründe

---

1) Ueber das verfehlte Geſ. v. 1824 ſ. Golbery in d. Zeitſchr. f. ausl. Geſ.geb. III. 301 f. Collard du système de circonst. attén. p. 23—27.

2) Mittermaier in d. Zeitſchr. f. ausl. Geſ.geb. XVIII. 137 f. Cherbuliez eb. XIX. 219 f.

3) In Frankreich ſind die Stimmen über den Werth des Geſetzes getheilt. ſ. die angef. Schrift von Collard, ferner Prestat du vol et des circonst. attén. De Vaulx des circonst. attén. Lauvergne des forçats p. 224 sq. Chassan in Fölix rév. étrang. 1841. p. 474 sq. Hélie VIII. 219 sq. Arondeau in d. rév. de législ. 1842. p. 831 sq. Sellyer traité I. 461 sq. Morin im Journ. du droit crim. 1846. p. 353 sq. Hélie in d. rév. de législ. 1843. p. 112 sq. 1847. II. 443 sq. vgl. Mittermaier im N. Arch. XIII. 340 f. Fortbildung I. 111—113. 263—266. II. 249—252 (von Berner unrichtig aufgefaßt). N. Arch. 1850. S. 335 f. Rintel Jury S. 271 f. Berner Wirkungskreis des Strafgeſ. S. 12—16 (dieſer kommt zu der falſchen Folgerung, daß gar keine Milder.Gründe geſetzlich beſtimmt werden ſollen) (?).

4) Nypels Zeitſchr. f. ausl. Geſ.geb. XXII. S. 397 f. (von Berner überſehen). Luzern. GB. Art. 79. Auch in der öſtr. Strafpr.O. 1850 §. 346 war es geſchehen (ausgen. wo Todesſtrafe gedroht iſt). vgl. Mecklenb. Entw. (jedoch nur bei Vergehen, die mit höchſtens 5 J. bedroht ſind). Erachten S. 47. 144. und die hamb. Entwürfe. In ganz geringem Maß im heſſ. GB. Art. 122.

5) Ebenſo Geib im N. Arch. 1836. S. 227. n. 64, der das öſtr. GB. geradezu mit dem franz. Geſ. v. 1832 zuſammenſtellt.

6) Jenull I. 456 ff. Freilich enthält jedoch der beſ. Theil viele ſpezielle Mild.Gründe. Hye S. 563. 564.

7) ſ. die von 1850 §. 346 und die von 1853 §. 305—311. Gegen dieſe Ausdehnung ſ. Hye S. 639. 640 (vgl. beſ. den hier mitgetheilten Miniſt.Erl. Apr. 1853). A. M. Mittermaier n. 5 z. F. §. 94.

im Einzelnen nicht willkührlich zur Auswahl überlassen, sondern gesetzlich fixirt sind [1]), und daher von einer Uebertragung des Begnadigungsrechts an den Richter in dem Sinne, wie in Frankreich, nicht die Rede sein kann. Denn schon die dem Richter so allgemein hin überlassene Kombination führt nothwendig dazu, die gesetzlichen Strafsätze der Willkühr zu überantworten [2]). In der That beweisen auch die Motive zum braunschw. GB. [3]) nur, daß überhaupt neben den Strafminderungsgründen noch Milderungsgründe festgesetzt werden müssen, nicht aber, daß es erforderlich sei, einen solchen Generalmilderungsgrund aufzustellen [4]), der denn auch in Hannover, wo er zuerst vorgeschlagen war, keine Gesetzeskraft erlangt hat [5]). Allerdings ist es falsch, wenn dagegen behauptet wird, es gebe gewisse Verbrechen, bei welchen eine Milderung der Strafe nothwendig auszuschließen sei [6]), oder es sei lediglich Sache der Gnade, Milderungsgründe überhaupt zu berücksichtigen [7]), resp. es werde durch das gesetzlich dem Richter eingeräumte Milderungsrecht die Gnade gleichsam außer Kurs gesetzt [8]). Dagegen ist es auch andrerseits zu weit gegangen, wenn man sich nicht an gesetzlich bestimmten allgemeinen und speziellen Milderungsgründen genügen lassen will, weil in außerordentlichen Fällen unvorhersehbare Kombinationen verschiedener Minderungsgründe (denn nur um diese kann sich der Streit drehen) eintreten können, bei denen es ebenso ungerecht wäre, nicht unter das Minimum zu gehen, als beim Eintritt eines Milderungsgrunds [9]). Sind diese Fälle nur außerordent-

---

1) Ueberdies darf der §. 62 in Braunschw. bei qualifiz. Hochverrath und Mord nicht angewandt werden.

2) s. bes. Gönner Motive 1822. S. 132 f. und die treffende Aeußerung von Wächter bei Baumeister Bem. H. 1. S. 115. 116. vgl. Hepp Zurechnung S. 45—48. Geib im N. Arch. 1836. S. 228.

3) b. Breym. S. 222—224. Die beigefügten Bemerk. berufen sich auf Aristoteles, der denn doch wohl aus einer ganz andern Rechts- und Staatsanschauung heraus argumentirte. vgl. Hamb. Entw. 1849. Art. 53.

4) Unermüdlich hat dies bes. Mittermaier vertheidigt. Neust. Zustand S. 80—89. N. Arch. XIV. 274—288. 1835. S. 536—546 (hier wankt er sehr). Fortbild. I. 266—268. N. Arch. 1852. S. 178. 179. vgl. Kitka im N. Arch. 1836. S. 624 ff. Beidtel Unters. S. 135. und jetzt auch Geib Reform des deutsch. Rechtslebens S. 152; nicht aber auch (wie Mittermaier behauptet) Baumeister Bem. H. 1. s. vielmehr S. 120. 121. Auch die Gründe von Bauer (s. die folg. Note) reichen nicht weiter. s. übrigens auch Feuerbach nachgel. Entw. Tit. V. Art. 7.

5) vgl. Bauer Anm. I. 570—582. Vergleichung der Entw. S. 42—57. Abh. I. 201 ff. Freudentheil im N. Arch. 1839. S. 88—101. Leonhardt I. 421—427 (sämmtlich für die allgemeine Ermächtigung) und das hannövrische Militärstrafgb. §. 12.

6) so Gönner a. a. O. S. 172. s. dag. Mittermaier Neust. Zust. S. 82. 83.

7) so die Anm. z. bair. Gb. I. 236. Die königliche Instruktion in den bair. Mot. 1831. S. 23. s. dag. bes. Mittermaier N. Arch. XIV. 276—286. Bauer Anm. I. 572. v. Hinsberg Erinner. über die bairischen Entwürfe 1832. S. 72 f. Freudentheil S. 91—94. und Anm. 54.

8) so Hepp, Vergleich. d. hann. Entw. S. 24 ff. s. dag. Bauer Abh. I. 205. 206.

9) so bes. die braunschw. Mot., die freilich den Gesichtspunkt verwirren, indem sie Mild.- und Mind.gründe durcheinander werfen. Ganz wunderlich ist die Furcht, daß ohne den §. 62 das GB. das Loos der P.G.O. theilen werde, da diesfalls der richtige Weg nur in einer durchgängigen Herabsetzung aller Minima bestanden haben würde. s. bes. Baumeister S. 120. 121.

liche [1]), so ist eben für sie allerdings die Gnade die richtige Ausgleicherin, da die Gesetzgebung nur das Gewöhnliche und vom Unregelmäßigen nur das Konstante und als solches bestimmt Faßbare zu berücksichtigen hat [2]). Allerdings ist es aber die Pflicht der Gesetzgebung, in Aufstellung der bestimmt greifbaren allgemeinen und besondern Mild.gründe nicht hinter den Forderungen des Lebens zurückzubleiben [3]). Nur dann wird sie einerseits eine ungesetzliche Willkühr der Richter vermeiden, andrerseits jenen Generalmilderungsgrund entbehren können, der die absolute Ironie auf alle gesetzlichen Strafsätze ist [4]). — Alle übrigen Gbücher gehen einen Mittelweg zwischen den extremen Systemen, welche das bair. und das braunschw. GB. vertreten [5]).

II. Wie wenig die neuen Gesetzgebungen hinsichtlich der materiellen Prinzipien über den Maßstab der Strafbarkeit an der gemeinrechtlichen Doktrin einen zuverläßigen und ausreichenden Halt fanden, geht aus dem Anm. 1. 2 Ausgef. zur Genüge hervor. Sie thaten daher ganz Recht, wenn sie sich nicht an diese, sondern an die Philosophie hielten, obgleich sie damit einzelne Sätze aufnahmen, die man später als unrichtig einsah. Der Fehler war nur, daß sie sich hiebei nicht begnügten, sondern nebenher in dem trüben Wasser der Politik fischten. Die Vorfrage, ob ein GB. überhaupt die Strafausmessungsgründe (abgesehen von den Strafänderungsgründen) dem Richter vorzeichnen soll [6]), ist von den meisten neuen Gbüchern bejahend entschieden [7]), und zwar mit Recht, da sonst der Gesetzgeber keine Garantie dafür hat, daß der Richter nicht philosophischen Ansichten folgt, die jener für unrichtig hält. Keineswegs erscheint es jedoch als nöthig, vielmehr als sehr unpassend, einzelne Zumessungsgründe zu spezifiziren, worin doch nie Vollständigkeit erreicht, und wodurch am leichtesten einseitige Auffassung

---

1) Dies giebt Mittermaier neust. Zust. S. 84. Fortbild. I. 268. N. Arch. 1852. S. 178 zu. A. M. Leonhardt I. 425.

2) Insoweit haben die Anm. z. bair. GB. ganz Recht, Unrecht dagegen, wenn sie glaubten, das GB. habe in Aufstellung bestimmter Mild.gründe seine Schuldigkeit gethan. s. auch Breidenbach I. 2. S. 593–595.

3) Damit hat sich später selbst Bauer (Abh. I. 207) begnügt. Halb und halb auch Mittermaier im N. Arch. 1839. S. 544—546 und Fortbildung I. 266—268. Erst neustens ist er wieder zum früheren Extrem zurückgekehrt.

4) vgl. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 546. not. 7. — Die Sache ist um so wichtiger, da die Frage, ob bei Mild.gründen der Richter sich dem Nullpunkt der Strafbarkeit nähern dürfe, wissenschaftlich noch sehr in suspenso ist, und die Vertheidigung des Generalmilderungsgrunds (bes. in den braunschw. Mot., bei Bauer Anm. I. und sonst) gerade auf der Voraussetzung, daß diese Frage verneint werden müsse, beruht. Bloß in Beziehung auf Todesstrafe hat einen solchen Generalmilderungsgrund das wadtl. GB. Art. 61.

5) Das Nähere über die sehr verschiedenen Weisen, wie dies geschieht, s. unten. Eigenthümlich, aber willkührlich will das Erachten s. Meklenb. Mild.gründe überall nur bei leichteren Verbrechen gelten lassen. S. 46. 47. j. 19. 43. 144. 145.

6) Dagegen s. Gönner Motive 1822. S. 236—246. Norweg. Mot. S. 89. Dafür Bauer Anm. I. 266 f. Mittermaier neust. Zust. S. 77—79 (s. jed. n. 3 z. F. §. 102 b. u. N. Arch. 1847. S. 608). Oersted Krit. d. bair. Entw. S. 230 f. Abegg Krit. d. norw. Entw. S. 49. Hermann Beurth. d. sächs. Entw. S. 110 f. Breidenbach I. 2. S. 637. 638.

7) Ausgen. das preuß. GB. s. Beseler S. 23—29. Goldtammer I. 395 ff. — (Die Richter sind auf „die Doktrin (?!), den gesunden Menschenverstand und das Leben" verwiesen).

in's Gesetz übergetragen wird [1]); vielmehr genügt es, das Prinzip aufzustellen und die Ziehung der Konsequenzen dem Richter zu überlassen [2]). Was nun die Sache selbst [3]) betrifft, so stellen sämmtliche neuen Gbücher (stets das preuß. ausgenommen, das sich über seine Grundsätze nicht ausspricht, sondern sie errathen läßt) ausdrücklich den Satz auf, daß es sowohl einen objektiven als subjektiven Maßstab der Strafbarkeit gebe. Gegen die Anerkennung des letzteren hat man sich theils mit Berufung auf den „objektiven Grundcharakter" des deutschen Strafrechts, theils deshalb erklärt, weil dadurch der rechtlichen Beurtheilung die moralische substituirt werde, was „nach Asien führe" [4]). Allein gerade im Gegentheil muß man im Geiste des fortgeschrittenen Rechtsbewußtseins gegen die Aufstellung eines selbständigen objektiven Maßstabs [5]) Einspruch einlegen. In der ganzen bisherigen Darstellung wurde der Wille als das über die Thatsache Uebergreifende nachgewiesen und §. 133 [6]) insbesondere dargelegt, daß bei der strafrechtlichen Genugthuung die objektive Größe des Verbrechens seiner subjektiven als die sekundäre untergeordnet werden müsse. Unfehlbar ist sie daher ein wesentliches Moment der Beurtheilung; aber dieses darf sich nicht abgesehen von seiner Reflexion in das Wissen und den Willen des Verbrechers geltend machen wollen [7]). Gerade in der Nichtbeachtung hievon lag die Rohheit der älteren germanischen Rechtsansicht. Indessen bilden gerade die wichtigsten Konsequenzen aus der objektiven Schätzung des Verbrechens keinen Gegenstand für das richterliche Urtheil, da die Gesetzgebung hier die ausreichenden Normen zu geben pflegt [8]). Dahin gehört die Abstufung der einzelnen Verbrechensarten nach dem Werthe des

1) Den Beweis liefern das östr., bair., wirt., hannövr., braunschw., hess., bad., thüring. GB. vgl. das zürch. GB. §. 69—72. Gut das Erachten für Meklenb. 1. S. 146. 147. j. 53—56.

2) Sächs. Mot. b. Weiß S. 190. n. 1. (vgl. Entw. Art. 69—71). Bair. Entw. Art. 78. Eine Ergänzung des sächs. Gbs versucht Weiß S. 193—196. vgl. Krug Studien I. 128. Schaffrath S. 578—580.

3) s. noch außer der bereits angef. Literatur: Zeutner in d. Zeitschr. f. deutsch. Strafverfahren I. 391 ff. 427 ff. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 59 f. Möller Kritik des Strafmaßes 1852. S. 48 ff. v. Jagemann im N. Arch. 1849. S. 523 f.

4) Ueber den bad. Entw. 1840. S. 24 f. Zachariä über d. bad. Entw. 1840. S. 7 ff. vgl. dag. Mittermaier Fortbildung I. 199—207 (wo aber S. 206 sehr widersprechende Behauptungen vorkommen).

5) wie Welcker b. Thilo S. 34 will, vgl. jedoch dens. eb. S. 166. 167. Möller S. 75 f., wo Richtiges und Schiefes durcheinander gemischt ist. vgl. das bad. GB. §. 150.

6) vgl. bes. Wirth Ethik II. 325. A. M. Hye S. 552. not. *. v. Jagemann a. a. O. S. 527. s. dag. auch Schaffrath Grundwissenschaft §. 95.

7) Sehr richtig bemerkt dies Breidenbach I. 2. S. 633. 635 gegen das bair. und andre Gbücher; um so unbegreiflicher ist aber, was er S. 634 unten sagt. Ganz wunderlich ist der Fanatismus, womit das Erachten für Meklenb. den umgekehrten Satz vertheidigt, weil nach S. 40 f. nur ein Wortstreit vorliegt (da die hauptsächlichsten subjektiven Zumessungsgründe unter die objektiven gestellt werden), eben darum aber höchst ungerecht gegen den hamb. Entw. 1849. Art. 48. s. übr. auch die gute Bemerkung auf S. 18.

8) Leider lassen sich die neuen Gbücher hier nur noch viel zu oft von dem krankhaft gesteigerten Abschreckungstrieb (bei vielen Staatsverbrechen, bei Diebstahl ꝛc.), von einer ungebührlichen Rücksicht auf Gefahren leiten, die nach dem heutigen Kulturstande nicht mehr vorhanden sind, oder wenigstens dem Bewußtsein des Verbrechers ganz fern lagen. Mittermaier Fortbild. S. 190—195.

Objekts der Verletzung, nach dem Grade der Gefährlichkeit (z. B. Brandstiftung, Fälschung, Vergiftung von Brunnen ꝛc.), nach gewissen besondern Verhältnissen (z. B. Familien-, Respekts-, Vertrauensverhältnissen ꝛc.), nach der Größe des hervorgebrachten Schadens [1]). Je weniger es aber die Gbücher an Bestimmungen hierüber im bes. Theile fehlen zu lassen pflegen, um so überflüssiger erscheint es, wenn sie im allgemeinen Theile auch dem Richter noch besonders die Beachtung dieser Momente vorschreiben, was nach dem Vorgang des bair. Gbs Art. 91 in mehreren andern geschehen und zum Theil noch überboten worden ist [2]), sowie auch davon unabhängig das östr. GB. eine Reihe von Bestimmungen darüber giebt [3]), wogegen das sächsische, hessische und badische sich mit einem allgemeinen Satze begnügen [4]). Nicht nur überflüssig sind aber derlei detaillirte Vorschriften, sondern (und dies gilt auch von den allgemein gehaltenen Sätzen) geradezu irreleitend, weil sie zu der falschen Meinung führen können [5]), als sei auch eine dem Wissen und Willen des Handelnden ganz fremde (weder auf dolus noch culpa anzurechnende) Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der Handlung als straferhöhend geltend zu machen [6]). Ueberdies ist es unrichtig, wenn (nach Feuerbach) [7]) unter den objektiven Gründen auch die höheren Grade der Theilnahme am Verbrechen aufgeführt werden [8]). Darüber, daß auch die geringere Strafbarkeit des Versuchs [9]) nicht bloß auf objektiver Rücksicht beruhe, s. §. 86 [10]). Am bedenklichsten erscheint jedenfalls die nachdrückliche Hinweisung des Richters auf das Moment der Gefährlichkeit, da sie fast die Nöthigung zur Annahme der Abschreckungstheorie in ihrer verwerflichsten Konsequenz enthält [11]). — Was nun aber den subjektiven Maßstab der Strafbarkeit betrifft, so schleppt auch in dieser Hinsicht die neuere Gesetzgebung vielfach noch die Konsequenzen der einseitigen Ansichten Feuerbachs nach, von einer Reihe bloß politischer Bestimmungen

---

1) Auch in dieser Hinsicht fehlen die neuen Gbücher oft nur zu sehr, indem sie theils überhaupt bei Berücksichtigung des Schadens, theils bei der Abstufung desselben Verbrechens nach der Größe des Schadens geradezu den Zufall über die Größe der Strafe entscheiden lassen. Mittermaier Neust. Zust. S. 67. 68. Fortbild. S. 203—205.

2) Wirt. GB. Art. 108. Thüring. Art. 42. Hannövr. Art. 92 (fügt Zeit, Ort, Heiligkeit des Gegenstandes bei und betont wiederholt die Gefährlichkeit). Braunschw. §. 65 (mischt noch mehr Ungehöriges ein). Ueberall liegt hier das Lb. von Feuerbach zu Grunde.

3) §. 43. 44. 47. 263. vgl. Hye S. 554 (dieser gleichfalls nach Feuerbach).

4) die besondre Beschaffenheit der Handlung (Sachsen), die Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung (Hessen, Baden). Ebenso der bair. Entw.

5) so z. B. Breidenbach a. a. O.

6) Ausdrücklich ist wenigstens der Vorzug des subjektiven Maßstabs anerkannt im braunschw. GB. §. 63. vgl. Breidenbach I. 2. S. 633. 635. Hye S. 597. Anm. zum bair. GB. Art. 91. Neue sächs. Mot. z. Art. 70. Hamb. Entw. 1849. Art. 48. Umgekehrt das bad. GB. §. 150.

7) s. auch Bauer §. 86—89. Abegg S. 218. Hye S. 554.

8) Völlig müßig ist vollends nr. 3 im braunschw. GB. §. 65. Ebensowenig gehören hierher Konkurrenz und Rückfall (nr. 5. 6).

9) vgl. freilich das preuß. GB., relativ das östr., das wirt. Ges. 13. Aug. 1849 und den bair. Entw. 1854.

10) Thüring. GB. Art. 44. nr. 6.

11) s. auch Möller, der zwar selbst dieser Theorie folgt, aber gerade die betr. Wendung Feuerbachs wiederholt verwirft S. 78—81. 148 ff. Richtige neben vielen schiefen Bemerkungen bei v. Jagemann S. 530—538.

ganz abgesehen, die mit Recht und Gerechtigkeit sehr wenig zu schaffen haben [1]). Geht man vom Begriff des Verbrechens als schuldvoller, d. h. auf den Willen als Prinzip zurückzuführender rechtsverletzender Handlung aus [2]) und behält den wesentlichen Unterschied zwischen moralischer und rechtlicher Zurechnung [3]), zugleich zwischen rechtlichem und polizeilichem Standpunkt [4]) im Auge, so läßt sich Vieles von demjenigen nicht halten, was man jetzt allgemein unter den Strafzumessungsgründen, resp. sogar unter den Strafänderungsgründen aufführt. Schon in der Schuldlehre (s. §. 78. 79 und sonst) ist klar geworden, daß die rechtliche Beurtheilung mit dem hinter der Absicht stehenden Zweck des Handelnden nichts zu schaffen hat, daß die That das Maß des Willens ist, daher auch der Staat mit seiner Reaktion die Subjektivität des Verbrechens nur in dem Maße angreifen darf, wie dieser sie in der bestimmten Handlung selbst entäußert hat (§. 121). Aus demselben Grunde darf denn auch kein Strafzumessungsgrund aus der immoralischen oder gefährlichen Gesinnung des Verbrechers überhaupt (wenn sie auch mit Sicherheit erkannt werden könnte, was zu läugnen ist) [5]), sondern lediglich aus der Intensität des in der That selbst manifestirten verbrecherischen Willens genommen werden. Nun sind es wesentlich drei Richtungen [6]), in welchen sich der Grad dieser Intensität verschieden zeigen kann: a) Der verbrecherische Wille muß um so stärker sein, je mehr innere Abhaltungsgründe er zu überwinden gehabt hat. Hierunter ordnet sich sehr einfach der ganze objektive Maßstab der Strafbarkeit ein. Denn „die Größe der wirklichen Rechtsverletzung oder des bevorstehenden Schadens und die Gefahr, welche bereitet wird, hätte den Verbrecher von Uebertretung des Gesetzes abhalten sollen, und eben daraus, daß er dadurch nicht abgehalten worden, leuchtet dessen [7]) im höheren Grad

---

1) Ueberdies wird auch hier wieder unter die Zumessungs- resp. Milderungsgründe mehrfach Manches eingemischt, was an andre Stellen gehört, so z. B. der unverschuldete Arrest, östr. GB. §. 46. k. vgl. §. 139 Anm. 2., die Grade der Theilnahme, östr. GB. §. 44. d. c. hannövr. Art. 93. nr. 4. braunschw. §. 64. nr. 3. thüring. Art. 44. nr. 5., der Affekt (durchgängig) u. s. f., s. auch Breidenbach I. 2. S. 639.

2) Schon hier weichen die neuen Gesetzgebungen ab, indem sie die Gefährlichkeit, die nur ein Moment am Begriff des Verbrechens ist, zu dessen spezifischer Eigenschaft machen.

3) Diesen übersah die ältere Doktrin und Praxis durchaus; theilweise übersieht ihn auch die neue Gesetzgebung. Ueber alles Maß verkennt ihn — trotz wiederholten Protests — besonders Mittermaier. Ganz verworren, und oberflächlich dazu, v. Jagemann S. 538—546.

4) Daß statt des früheren Ueberschweifens in das Gebiet der Moral durch Feuerbach die Gewohnheit, den rechtlichen Gesichtspunkt mit dem polizeilichen zu verwechseln, aufgekommen und in die Gesetzgebung eingedrungen ist, wird noch weit nicht gehörig eingesehen.

5) In dieser Richtung enthält die scharfsinnige Kritik von Möller sehr viel Wahres. Nur schießt sie weit über das richtige Maß hinaus, ganz abgesehen von der theoretischen Unhaltbarkeit, und, wie M. selbst zugiebt, praktischen Unbrauchbarkeit des positiven Surrogats, das er giebt.

6) Die 3 von Feuerbach §. 118—125 unterschiedenen Richtungen: Intensität, Festigkeit, Umfang der Triebfeder sind schon deshalb zu verwerfen, weil die Triebfeder das Recht nichts angeht. Hiezu kommt aber noch Halbheit und Widerspruch, wenn Hye S. 555—557 Stärke, Dauer und Umfang des schlechten Willens surrogirt, und doch wieder theilweise aus der Triebfeder argumentirt.

7) d. h. vergleichungsweise im höheren oder geringeren Grade.

böſer Wille, folglich deſſen höhere Strafbarkeit hervor“ [1]). — Eben darauf reduzirt ſich im letzten Grunde die Abſtufung der Strafbarkeit der Schuldgrade: culpa, luxuria, impetus, vorbedachter dolus, da bei jedem nächſten ſtets ein weiteres und ſtärkeres inneres, ſittliches Hinderniß überwunden werden muß [2]). Der ſpezifiſche Unterſchied zwiſchen dem kulpoſen und doloſen Handeln beſteht dann aber darin, daß die Entgegenſetzung gegen die inneren Abhaltungsgründe hier als eine Anſpannung, dort als eine Abſpannung des Willens hervortritt. Daher iſt bei der einfachen culpa die Strafbarkeit um ſo größer, je weniger Anſpannung des Willens es bedurft hätte, um den rechtsverletzenden Erfolg vorherzuſehen, je wahrſcheinlicher er alſo an ſich und je leichter er gerade von dem Handelnden vorherzuſehen war, und je mehr dieſer im konkreten Fall zur Anſpannung ſeines Willens (aufmerkſam zu ſein) verpflichtet war [3]); — bei der luxuria, je deutlicher der Handelnde den möglichen Erfolg einſah und je weniger er gleichwohl ſich anſtrengte, um den frevelhaften Kitzel zu unterdrücken [4]). Daß nun ferner bei doloſen Verbrechen die Strafbarkeit um ſo größer iſt, je mehr und je dringendere Pflichten der Faſſung des verbrecheriſchen Entſchluſſes entgegenſtanden und je deutlicher ſie im Bewußtſein des Handelnden lagen, iſt mit Recht von allen neueren Gbüchern anerkannt [5]). Es iſt ferner eine richtige Bemerkung [6]), daß im Bunde mit der Pflicht als Abhaltungsgrund zwar nicht immer, aber namentlich bei den Verbrechen gegen die Perſon das natürliche Gefühl, die Humanität ſtehe, welchem die Grauſamkeit widerſtrebe. Mit Recht wird daher beſondere Grauſamkeit als Beweis beſonderer Energie des verbrecheriſchen Willens betrachtet und zu den Straferhöhungsgründen gerechnet [7]). Endlich können den Pflichten Verſtandesreflexionen an die Seite geſetzt und an dem Gewichte ſolcher dem Entſchluſſe entgegenſtehenden Reflexionen der höhere Grad des verbrecheriſchen Willens gemeſſen werden [8]). — Poſitive Minderungsgründe [9]) können den in dieſer

1) Anm. z. bair. GB. Art. 91. Thüring. GB. Art. 44. 1.

2) Daſſelbe gilt von den Stufen der Theilnahme am Verbrechen und nach §. 86 von den Gradationen des Verſuchs.

3) Dahin gehört beſonders auch, wenn der Handelnde ohnedies ſchon in re illicita verſirte. Hye S. 556. vgl. Feuerbach §. 117. Abegg S. 224. Bauer Anm. I. 454—461. Lb. §. 98. 99 (hier einiges Schiefe, dagegen die richtige Bem., daß der ſubjektive Geſichtspunkt der überwiegende ſei). Breidenbach I. 2. S. 635. 636 (ungenügend). vgl. ſächſ. GB. Art. 43. Held und Siebdrat S. 93. Krug Studien I. 59 f. und verbeſſernd: Entw. Art. 70. braunſchw. GB. §. 64. nr. 7 (ungenügend). thüring. Art. 45 (ebenſo). vgl. auch wirt. GB. Art. 59, nr. 2. 246 und Hufnagel Strafgb. Anm. S. 227. nr. 2. bair. GB. Art. 65—70. hannövr. Art. 47—49. vgl. oben §. 66. Anm. 2.

4) In der Regel wird dies nicht gehörig herausgehoben.

5) Feuerbach §. 121. II a. Oeſtr. GB. §. 43. 263. c—h. n. Bair. Art. 92. 1. Wirt. Art. 109. 1. Hannövr. Art. 93. 1. Braunſchw. §. 64. 1. Heſſ. Art. 120. 1. Bad. §. 151. 1. Thüring. Art. 44. 4. A. M. Möller.

6) Baumeiſter S. 64.

7) Grolman §. 91. Hannövr. GB. Art. 93. 7. Wirt. Art. 109. 2. Heſſ. Art. 120. 2.

8) Baumeiſter S. 65, der als Beiſpiel treffend die Werthloſigkeit der auf unerlaubtem Wege verfolgten Zwecke anführt, dagegen mit Recht die Furcht vor der Strafe (der die Hoffnung, nicht entdeckt zu werden, entgegenſteht) und „den in den modernen Rückfallsſtrafen ſich breitmachenden magern Gedanken“ abweiſt.

9) Abgeſehen von der nicht zutreffenden Auffaſſung der Minderungsgründe überhaupt,

Richtung geltend gemachten Erschwerungsgründen nicht wohl entgegengestellt werden [1]), da man doch von keinem Verbrechen sagen kann, es enthalte nur eine geringe Pflichtverletzung, — und noch weniger von einer besonders gefühlvollen Weise, Verbrechen zu begehen, wird reden wollen. Namentlich wäre es aber entschieden unrichtig, hier als positive Minderungsgründe die sog. guten Absichten [2]), die löblichen Triebfedern [3]) (Liebe, Mitleid, vermeintliche Pflicht, religiöse Meinungen ꝛc.), oder auch den Pflichtenkonflikt [4]) anzubringen. Alle derlei Umstände beweisen zwar, daß der entgegenstehende Erschwerungsgrund einer abnormen Stärke des verbrecherischen Willens nicht vorliegt, aber eine abnorme Schwäche dieses Willens anzunehmen, berechtigen sie keineswegs, weil die vermeintliche Schwäche durch die Stärke des dem Recht sich opponirenden subjektiven Dünkels aufgewogen wird [5]). — b) Der verbrecherische Wille muß um so stärker sein, je mehr er durch Ueberwindung äußerer Hindernisse eine besondere Geflissenheit oder Verwegenheit [6]) bewiesen hat. Mit Recht erkennen dies alle neueren Gesetzgebungen an [7]). Im Gegentheil ist klar, daß es keiner Steigerung des verbrecherischen Willens bedurfte, daß derselbe vielmehr hervorgerufen, der Entschluß erleichtert wurde, wenn dem Verbrecher die Gelegenheit zum Verbrechen ungesucht

---

ist nicht klar, wie Baumeister hier die gewöhnlichen Leidenschaften und Begierden aufführen mag, die vielmehr unter sein nr. 3 gehören.

1) Daher sagen auch die Gbücher etwas zuviel, wenn sie einen positiven Mind.-grund darin finden, daß der Thäter die volle Größe der Strafbarkeit und Gefährlichkeit seiner Handlung nicht eingesehen habe. Bair. GB. Art. 93. 1. Wirt. Art. 110. 1. Hannövr. Art. 94, 1. 6. Braunschw. §. 66, 1. (diese Gbücher, wie das östr. §. 46 a. §. 264 a, exemplifiziren, am meisten das hannövr.) Hess. Art. 121. 1. 2 (nennt wenigstens die Jugend besonders). Bad. §. 152. 1. — s. dag. Thüring. Art. 44. 4. Zu weit geht aber namentlich das hannövr., wenn es nur „entschuldbare" Trunkenheit gelten läßt (vgl. hess. GB. 121, 5. wirt. 110, 5. bair. 93, 5. hannövr. Art. 94, 5. braunschw. §. 66, 5. thüring. Art. 44. 2. bad. §. 152. 3, wo dasselbe vom Affekt gesagt ist; s. dag. östr. §. 46 d). Inkonsequent ist Breidenbach I. 2. S. 645.

2) Dazu ist bes. noch Mittermaier geneigt. Fortbild. I. 206. vgl. Klein §. 172. s. dag. Abegg S. 221. v. Hartitzsch S. 89. Zürch. GB. §. 72 f.

3) Kleinschrod II. §. 73. Tittmann §. 90. Feuerbach §. 125.

4) Hefftter §. 106 (die Beispiele in den Noten erledigen sich großentheils durch andre Gesichtspunkte). Viel zu weit in moralischer u. psychologischer Schätzung geht Hye S. 596 ob. Auch Hufnagel III. 58 sagt zu viel.

5) Sie bilden, um mit der älteren östr. Praxis (Hye S. 562. 563) zu reden, nur negative Minderungsgründe.

6) Mit Unrecht meint Mittermaier n. 4. z. F. §. 102 b., hierin liege bloß ein Beweis größerer Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft. So lassen sich alle Erhöhungsgründe wegraisonniren, um so mehr aber auch die Minderungsgründe, mit denen M. so verschwenderisch ist. Ganz verkehrt sind die Einwendungen von Möller S. 78. 79. Von selbst versteht sich nämlich, daß die Individualität des Verbrechers, nicht die des Richters oder eines „normalen Taglöhners" zu Grund gelegt werden muß; und wenn es ganz richtig ist, daß ein Andrer, der keine Hindernisse vorfand, sie vielleicht eben so dreist überwunden haben würde, so folgt daraus gar nichts; denn man straft ja nur für das, was wirklich gethan ist, nicht für das, was hätte gethan werden können.

7) Bair. GB. Art. 92, 2. Wirt. Art. 109, 2. Hannövr. Art. 93, 2. Braunschw. §. 64, 2. Hess. Art. 120, 2. Bad. §. 151, 2. Thüring. Art. 44. 6. — Das östr. §. 43. 263, i. spricht bloß von Ueberlegung u. Geflissenheit bei der Vorbereitung.

sich darbot [1]). Indessen dürfte auch hier der negative Ausdruck vorzuziehen sein. — c) Der verbrecherische Wille erscheint um so stärker, je weniger er von außen her zur Fassung des Entschlusses bestimmt war, was denn namentlich auch wieder dann anzunehmen ist, wenn der Verbrecher die Gelegenheit selbst aufgesucht hat. Mit Recht bilden auch hieraus (Mangel an erheblicher äußerer Veranlassung) die neuen Gbücher einen Erschwerungsgrund [2]). Dagegen sinkt die Strafbarkeit, wenn der Verbrecher durch Noth, Ueberredung, Täuschung, Verführung, Befehl, Drohung zu dem Verbrechen veranlaßt wurde [3]). — Hiemit sind nun aber die rechtlich zuläßigen Gesichtspunkte erschöpft. Alles Weitere daher, was Feuerbach anführt und was ihm mehrere Gbücher (jedoch in stets abnehmender Weise) nachgesprochen haben, muß als rechtlicher Zumessungsgrund verworfen werden, so: aa) die zur Leidenschaft oder Gewohnheit gewordene Begierde [4]), resp. überhaupt der durch frühere Verbrechen oder überhaupt durch notorische Immoralität bewiesene (?) Hang zu Verbrechen, die Verwilderung des Verbrechers, seine Lasterhaftigkeit u. s. f. [5]). Dies sind Momente, welche den Verbrecher polizeilich als sehr gefährliches, moralisch als sehr verdorbenes Subjekt darstellen, mit dem bestimmten Verbrechen dagegen gar nichts zu schaffen haben, wenn sie nicht in einer der a—c) angef. Richtungen sich äußern, was allerdings häufig geschehen wird, aber keineswegs immer geschieht, wie denn umgekehrt z. B. auch bei einem rückfälligen Dieb Noth, Verführung, Gelegenheit ꝛc. in bedeutendem Grade wirken können [6]). bb) die Gefährlichkeit und Bösartigkeit der Begierden und Leidenschaften [7]); —

---

1) Bair. GB. Art. 93, 4. Braunschw. §. 66, 4. Oestr. §. 46, e. Wirt. Art. 110, 4. Hannövr. Art. 94, 4. vgl. Hess. Art. 121, 4. Bad. §. 151. 3. Baumeister S. 62. Hye S. 588.

2) Bair. GB. Art. 92, 3. Wirt. Art. 109, 3. Hannövr. Art. 93, 3. Braunschw. §. 64, 4. Hess. Art. 120, 3. Bad. §. 151, 3. Thüring. Art. 44, 3. Zu weit geht das braunschw., wenn es von „Lust am Verbrechen" spricht („diabolische Lust" Baumeister S. 67. 68): darnach hat der Richter nicht zu fragen; ihm genügt der Mangel an allem normalen innern oder äußern Antrieb.

3) Bair. GB. Art. 93, 2. 3. Wirt. Art. 110, 2. 3. Hannövr. Art. 94, 2. 3. Braunschw. §. 66, 2. 3. Hess. Art. 121, 3. Bad. §. 152, 2. Oestr. §. 46, c. f. §. 264, c. d. f. Thüring. Art. 41, 3. — Auch hier ist die Lokation bei Baumeister (S. 101) sehr auffallend und unnatürlich.

4) Feuerbach §. 121—123. Oersted Grundreg. S. 345. 346. Hefftter §. 97. n. 2. Bauer §. 95. Berner Theilnahme S. 140. 141. 486—488. Bei Feuerbach, der das ganze Strafrecht auf den Standpunkt der Polizei stellt, ist die Hervorhebung dieses polizeilich sehr wichtigen Moments ganz konsequent. Berner dagegen verläuft sich ganz und gar in Moral. vgl. auch Breidenbach I. 2. S. 639—641, der die richtige Ansicht hat, aber ohne Noth meint, es müssen hier der Volksmeinung Konzessionen gemacht werden. Ganz verkehrt v. Jagemann S. 540 f.

5) Bair. GB. Art. 92. 4. Wirt. Art. 109, 5. Hannövr. Art. 93, 5. Braunschw. §. 64, 6. Hess. Art. 120, 4. Bad. §. 151, 4. Thüring. Art. 46. Oestr. §. 44, b. e. Zürch. §. 71, d. vgl. übr. wegen der vita ante acta Hufnagel I. 233 mit Breidenbach a. a. O., der es mit dem Beweise leichter genommen wissen will. s. dag. bes. auch Hye S. 576 (das östr. GB. ist weit mäßiger und nüchterner, als die übrigen), u. für Wirt. überh. noch Hufnagel I. 634. 635. II. 524. III. 138.

6) s. auch Baumeister S. 65. 72—74. Möller S. 80. bes. Trefurt N. Arch. 1838. S. 415—423. — Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 17.

7) Bair. GB. Art. 92, 5. Wirt. Art. 109, 4. Hannövr. Art. 93, 6. Braunschw. §. 64, 5. Die übrigen Gbücher haben dieses Moment aufgegeben. — vgl. Feuerbach §. 124. 125.

wogegen ganz daſſelbe gilt [1]). cc) die Konkurrenz (ſ. o.). dd) Außer dem aus dem aa) angef. Grunde verwerflichen Minderungsgrunde eines früheren untadelhaften Lebenswandels ſtellen die neuen Gbücher noch einige andere auf, die ſie aus dem Benehmen des Verbrechers nach der That abnehmen, die aber eben deshalb nicht zu rechtfertigen ſind, weil dieſes Benehmen die That nicht mehr ändern kann und einen jedenfalls nur ſehr unſichern und ſtets mit größter Vorſicht zu behandelnden Schluß auf die Intenſität des in der That ſelbſt geoffenbarten verbrecheriſchen Willens zuläßt [2]). Dahin gehört [3]) α) die Beſchränkung der verbrecheriſchen Thätigkeit auf einen geringeren Schaden, als möglicher Weiſe anzurichten geweſen wäre [4]), β) Beſtreben, die Folgen des Verbrechens zu verhindern, γ) Beſtreben, den Schaden zu vergüten (aus freiem Antrieb) [5]), δ) Selbſtdenunziation, ε) baldiges unumwundenes Geſtändniß [6]), ζ) Entdeckung anderer Verbrecher oder Lieferung von Mitteln und Gelegenheit zu ihrer Habhaftwerdung (aus eigenem Antrieb) [7]). Von dieſen Umſtänden ſind die drei erſteren ſehr problematiſcher Natur, ſofern ſie allerdings möglicher Weiſe den fraglichen Schluß geſtatten können, aber auch ebenſogut nicht. Die drei letzteren Nummern dagegen ſind Geſchöpfe der Politik von weniger als bloß zweifelhaftem moraliſchem Werth [8]), rechtlich aber entſchieden werthlos, da der Rückſchluß von dieſen Momenten auf den in der That geäußerten Willen ganz grundlos, und die Reue, wenn ſie in Wahrheit vorliegt, nur ein Grund zur Begnadigung iſt [9]). Ueberdies würde die Konſequenz fordern, daß das Läugnen als Erſchwerungsgrund angeſehen würde. Neuerdings hat man jedoch mit Recht den falſchen Satz aufgegeben, daß der An-

---

1) Baumeiſter S. 71. 72. Breidenbach I. 2. S. 636. n. 2.

2) ſ. beſ. Baumeiſter S. 75—77.

3) ſo das bair. GB. Art. 94. Hannövr. Art. 95. Wirt. Art. 111 (jedoch ohne den Fall ζ!). Heſſ. Art. 121, 6—8 (ohne den Fall α). Bad. §. 152, 5. 6 (ohne α u. ζ). Braunſchw. §. 66, 6 (ohne ζ, jedoch unter Beifügung des Falls, wenn ein zurücktretender Theilnehmer zu der Erwartung berechtigt war, daß das Verbrechen unterbleiben werde). Thüring. Art. 48 (ohne α u. ζ). Oeſtr. §. 46, g—i. §. 47 b. §. 264, g—l. vgl. Zürch. GB. §. 72, g—i. Hamb. Entw. 1849. Art. 50.

4) ſ. dag. Breidenbach I. 2. S. 650.

5) Das öſtr. GB. §. 47 c. fügt bei: wenn der Schade gering iſt oder der Beſchädigte (gleichviel von wem!) vollſtändig Erſatz erhält. Hye S. 608. 609.

6) im erſten oder zweiten Verhör (Baiern); im Anfang der Unterſuchung, ohne überführt zu ſein (die übrigen Gbücher); eigenthümlich Oeſtr. §. 46, h. (Hye S. 590. 591, deſſen Begründung ſehr euphemiſtiſch iſt).

7) Neben dem Bekenntniß der eigenen Schuld (Heſſen) Breidenbach I. 2. S. 646—649. Das wirt., braunſchw., bad. u. thüring. GB. laſſen allerdings dieſe immerhin gehäſſig erſcheinende Nummer aus; die 3 erſteren erſetzen es aber hinreichend durch (Wirt.) Art. 83 (aufgehoben) 144. 187. 212. Braunſchw. §. 69, 3. Baden §. 131, 1. ſ. auch Thüring. GB. Art. 81. — vgl. Hye S. 591—595 (nach deſſen Ausführung der Mind.Grund ſogar ganz vom Zufall abhängig gemacht wird, mithin den letzten Schein rechtlichen Charakters verliert!).

8) Wie nah liegt bei δ u. ε die Belohnung bloßer Heuchelei u. ſchlauer Berechnung! (nach der öſtr. Faſſung fällt dies indeſſen weg). Ueber ζ ſind allerdings die Anſichten verſchieden. ſ. z. B. Breidenbach I. 2. S. 646—649. Hye S. 591—595. Trefurt b. Thilo S. 168 (am treffendſten).

9) ſ. auch Breidenbach I. 2. S. 647. n. 6. u. Baumeiſter S. 77, der mit Recht ſolche Transaktionen für des Staates unwürdig erklärt.

geſchuldigte rechtlich verpflichtet ſei, zu geſtehen [1]) und ſtraft daher bloßes Läugnen und Weigern der Antwort nicht mehr, ſieht es auch nicht als Erſchwerungsgrund an [2]). Eben dann iſt es aber um ſo willkührlicher, das Gegentheil als Minderungsgrund aufzuſtellen [3]). ee) Ebenſowenig Grund haben die im hannövr. GB. Art. 95, 6 und im braunſchw. §. 66, 7 aufgeſtellten Minderungsgründe [4]). Ueber den im letzteren §. 66, 8 angegebenen ſ. nachher. — Sind nun hiernach die rechtlich zu beachtenden Minderungsgründe durch die bisher aufgeſtellten Geſichtspunkte beſchränkt und über dieſe hinaus nicht aus moraliſchen oder polizeilichen Rückſichten auszudehnen, ſo folgt von ſelbſt, daß daſſelbe auch mit den Milderungsgründen der Fall ſein muß, die nach dem o. A. nichts Andres als potenzirte Minderungsgründe ſind. Es iſt daher im Allgemeinen nur gut zu heißen, daß (ſ. o. vor II.) die meiſten neuen Gbücher hierin zwiſchen dem bair. GB. einerſeits und dem braunſchw., resp. öſtreichiſchen andrerſeits einen Mittelweg einſchlagen; nicht ſo aber die Art und Weiſe, wie es meiſt geſchieht. Alle nehmen einige allgemeinen Milderungsgründe an [5]), nur das preußiſche [6]) beſchränkt ſich in dieſer Hinſicht auf die Jugend, welche ſomit allgemein als Milderungsgrund, — nach dem heſſ. GB. Art. 121, 1 [7]) noch überdies von 16—18 J. als Strafminderungsgrund angenommen iſt. In Hinſicht der weiteren allgemeinen Milderungsgründe herrſcht dagegen keine Uebereinſtimmung. Nur der im bair. GB. Art. 106 aufgeführte allgemeine Milderungsgrund des Mangels am Thatbeſtande iſt von ſämmtlichen neueren Gbüchern mit Recht verworfen worden [8]). Außerdem enthalten ſodann ſämmtliche neuen Gbücher ſpezielle Milderungsgründe im beſonderen Theile, jedoch nicht nur in ſehr verſchiedenem Umfange, ſondern auch in ſehr verſchiedener Weiſe, indem die einen auch hier nur beſtimmte Milderungsgründe (z. B. Beleidigung, thätige Reue, freiwilligen Erſatz, Widerruf beim Meineid ꝛc.) anerkennen [9]), Andre dagegen nur allgemein im Fall mildernder Umſtände Herabſetzung der Strafe eintreten laſſen,

---

1) ſ. dag. noch d. wirt. VO. 23. Apr. 1809 u. wirt. Präjud. v. J. 1840 bei Hufnagel I. 636. 637. Unter dieſer Vorausſetzung war es dann aber andrerſeits ſonderbar, den zu belohnen, der nur ſeine Schuldigkeit that. Baumeiſter S. 103.

2) ſ. meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 101—106 (zuviel giebt Schaffrath S. 581 zu).

3) Das öſtr. GB. §. 45. 263. m. (vgl. preuß. LR. §. 51) führt nur poſitives Lügen als Erſchwerungsgrund auf. vgl. Hye S. 577—579, der aber jedenfalls die Sache irrig auffaßt, da ſolche Lügen nur als ſelbſtändiges Delikt ſtrafbar ſein, nie aber als Schärfungsgrund für das vorher verübte Verbrechen gelten können. ſ. auch Zürch. GB. §. 71, e.

4) Breidenbach I. 2. S. 650. Baumeiſter S. 77.

5) Auch das braunſchw. GB., was neben dem §. 62 als Lurus erſcheint.

6) Mit Unrecht behauptet Leonhardt I. 35 dies auch vom hannövriſchen. ſ. dag. Art. 83, 2.

7) Nicht auch nach dem wirtemb. ſ. zwar Hufnagel I. 201. dag. Strafgb. m. Anm. S. 496. u. Breidenbach I. 2. S. 643. n. 2 (S. 642 wird unrichtig behauptet, das ſächſ. GB. habe keine ſpeziellen Mild.gründe). In Bez. auf Sachſen ſ. Schaffrath S. 620. vgl. Weiß S. 269. v. Hartitzſch S. 126. vgl. Zürch. GB. §. 72, k.

8) Schon im oldenb. GB. war er hinweggelaſſen. ſ. auch bair. Geſ. 29. Aug. 1848. Art. 8.

9) So beſ. das bair., ſächſ., wirtemb., heſſ., bad., thüring. GB.

ohne dem Richter anzugeben, was er als mildernden Umstand zu betrachten habe [1]). Außerdem kommt es hie und da vor, daß ein Strafsatz ohne Minimum vorgeschrieben wird, wo dann die Festsetzung bestimmter Milderungsgründe überflüssig wird [2]). Das System der allgemeinen Verweisung auf mildernde Umstände ist eine Halbheit; es liegt darin eine Transaktion zwischen dem in Deutschland hergebrachten und dem französischen Systeme [3]) und, da es völlig willkührlich erscheint, warum die Verweisung in einer Reihe von Fällen beliebt, in einer Reihe andrer nicht beliebt worden ist, eine offenbare Inkonsequenz [4]). Diese wird nur noch vergrößert dadurch, daß die betr. Frage an die Geschwornen nicht von Amtswegen gestellt werden muß [5]), wodurch die Willkühr eben nur von den Geschwornen auf die Richter übergetragen wird. Leitende Grundsätze können nicht aufgestellt werden [6]), und die Halbheit des ganzen Systems erscheint um so verwerflicher, da es an einem allgemeinen Mild.grund für die Fälle der sog. verminderten Zurechnung fehlt [7]). — Muß man sich hiernach für das System bestimmter Milderungsgründe entscheiden, so ist — abgesehen von der Strafmilderung, die wegen auswärts begangener Verbrechen (s. o.) [8]) nöthig werden kann — ein sicherer Anhaltspunkt dafür nur aus den vorhin für die Strafzumessung überhaupt angef. Rücksichten zu gewinnen. Auch hier sind also vornweg bloß moralische oder polizeiliche (resp. politische) [9]) Rücksichten auszuschließen [10]). Zugleich werden nur solche Strafmilderungsgründe hier aufzuführen sein, welche, in höchster Potenz auftretend, zur völligen Strafloſigkeit führen. Hiernach bleiben aber, da die oben unter b) angegebene Rücksicht wegfällt, nur zwei Kategorieen übrig, denen eine dritte beizufügen ist, —: a) Gravitiren zum Mangel alles

---

1) So bes. das hannövr. und preuß. GB. Leonhardt I. 34. n. 3. Beseler S. 33. 34. Doch hat das hann. daneben auch spezielle Mild.gründe bei einzelnen Verbrechen. Eine Grille von Bauer Anm. I. 569 ist es, daß hier nicht von richterlichem Milderungsrecht gesprochen werden solle.

2) Mittermaier N. Arch. 1852. S. 169. 170 schreibt diese Methode vornämlich nur dem preuß. GB. zu. Sie findet sich aber auch in andern sehr häufig angewandt, namentlich z. B. im thüringischen.

3) Ueber den Gang der Gesetzgebung in Preußen s. Goldtammer I. 399—402. 445. 446. Beseler S. 29—36.

4) Mittermaier N. Arch. 1852. S. 179—187, der freilich vom französischen Standpunkte aus argumentirt.

5) Preuß. Einf.Ges. Art. XXIV. s. jed. Ges. 3. Mai 1852. Art. 84. Wunderlich ist die Austheilung der Willkühr an Richter und Geschworne in der hannövr. Strafpr.O. Art. 186. Anders lag die Sache in Braunschweig, Strafgb. §. 62. Strafpr.O. §. 140 (Justizorg.ges. II. 82 f.).

6) Goldtammer gesteht dies offen. Beseler versucht es ohne Glück. Unbedeutend ist Temme Glossen S. 112. 113.

7) Höchst sonderbar nehmen sich die dafür aus der Gefährlichkeit eines zu weiten richterlichen Ermessens entnommenen Gründe (Goldtammer I. 401. 402) aus.

8) vgl. wirt. GB. Art. 5.

9) Anders freilich die neuen Gbücher, die so oft aus der Denunziation der Mitschuldigen einen Milderungs-, ja einen Strafaufhebungsgrund machen. Eben dahin gehören die thätige Reue, der Schadensersatz u. dgl. Mild.gründe, die man zweckmäßig finden mag, aber nicht rechtlich zu begründen suchen muß.

10) Natürlich auch die nur durch falsche Auffassung in der Gesetzgebung und Doktrin hie und da unter die Mild.gründe verirrten Fälle der Konkurrenz und der während der Untersuchung unverschuldet erlittenen Uebel.

Bewußtseins, zur Zurechnungsunfähigkeit [1]) (§. 50—53). Indessen lassen von den betr. Zuständen einige keine allmälige Annäherung zu, wie die Schlafzustände; andre, wie die Geisteskrankheiten, lassen wohl eine solche zu, aber ohne daß es bis jetzt der Wissenschaft gelungen wäre, bei allen derselben Grade zu fixiren, für welche adäquate Werthe in der Skala der Strafbarkeit mit einiger Zuverläßigkeit bestimmt werden könnten, davon ganz abgesehen, daß hinter der Annahme solcher Grade sich meist nur die Zweifelhaftigkeit darüber verbirgt, ob überhaupt Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei oder nicht [2]). Vom rechtlichen Standpunkte aus läßt sich nun hierüber nur soviel sagen. Wo es sich um solche zweifelhaften Uebergangs-, Intermissionszustände ꝛc. handelt, ist gar keine Strafe, auch keine gemilderte gerechtfertigt. Ein solchenfalls statuirter Milderungsgrund ist nichts andres, als der jetzt allgemein verworfene Mild.grund des Mangels am Thatbestand [3]). Glaubt dagegen der Kunstverständige, daß der Thäter noch als frei zu prädiziren, aber bereits im Beginn einer Geisteskrankheit begriffen sei, so darf derselbe nur dem erziehenden Strafzwang überwiesen werden. Dasselbe ist aber auch da anzunehmen, wo man wirkliche Stufen einer Geisteskrankheit fixiren zu dürfen glaubt, da es auch hier um einen Kranken sich handelt, der niemals den Geistiggesunden gleichgestellt werden darf (§. 53. Anm. 2. §. 54) [4]). Es bleiben mithin, da der Affekt, wo er die Zurechnung nicht aufhebt, eine eigene Schuldstufe bildet, nur übrig: Jugend, Taubstummheit, Verstandesschwäche und Trunkenheit [5]). b) Gravitiren zum Mangel aller spontanen Thätigkeit. Hiebei handelt es sich nicht etwa von Graden der Freiheit (§. 54), sondern von inneren oder äußeren Bestimmungsgründen, welche mit so abnormer Stärke auftreten, daß die Intensität des verbrecherischen Willens (der Schuld) als in außerordentlichem Grade vermindert erscheint, weil die Ueberwindung des Reizes eine außerordentliche Steigerung der sittlichen Kraft erfordert haben würde, wie man sie der Regel nach weder erwarten noch fordern darf [6]). Als solche Reize erscheinen einerseits krankhafte Begierden, wie Heimweh, Gelüste der Schwangeren u. dgl., andrerseits dringende Noth oder schwere physische oder psychische Gewalt (§. 61. Anm. 2) [7]). c) Eine einfache Konsequenz der ob. (§. 127 ff.) ausgef. Begründung der Verjährung ist die Nothwendigkeit, der nicht sprungweise, sondern allmälig wirkenden Macht der Zeit auch schon vor dem Abfluß der ganzen Verjährungsfrist einen strafmildernden Einfluß einzuräumen [8]). — Abgesehen von der

1) Gewöhnlich wird nur unter dieser Rubrik allzuviel zusammengepropft. s. z. B. Martin §. 56. Marezoll S. 175—177. Mittermaier n. 3. 6. z. F. §. 94. Fortbild. I. 270—273.

2) A. Henke Abh. aus d. ger. Medizin II. 274 f.

3) Dies übersieht Mittermaier, der daher in diesem Punkt nicht weit genug geht, während er in andern das Gegentheil thut. s. auch N. Arch. 1852. S. 171—176.

4) Baumeister S. 83—87 (nicht ganz klar).

5) Baumeister S. 68—70. 105 ff. Die Ansicht von Feuerbach §. 100 (Rev. I. 254—331. Oersted Prüf. d. bair. Entw. S. 222 f. Hepp Zurechnung S. 49 f.) hat jetzt wohl keinen Vertheidiger mehr. s. Feuerbach's eigenen nachgel. Entw. Tit. V. Art. 7.

6) Martin §. 56. n. 12 u. Thibaut, Welcker ib. citt.

7) Bauer Abh. I. 207. Baumeister S. 63. 66. 99. 100. vgl. Hefftter §. 106. n. 1, wo die Rubrik nicht treffend ist.

8) Baumeister S. 100. 123. Schaffrath S. 580. A. M. wohl fast

Jugend (ſ. o.), ſind nun die angef. Mild.gründe von den neuen Gbüchern nicht im gehörigen Maß berückſichtigt. Ganz fehlen ſie im öſtr. [1]), bair. [2]) und preuß. GB. [3]). Das ſächſ. (Art. 64) läßt nur bei hohem Grade von Blödſinn oder Verſtandesſchwäche an die Stelle der Todesſtrafe lebensl. Zuchthaus treten [4]). Das hannövr. erkennt bloß lichte Zwiſchenräume bei Geiſteskranken als Milderungsgrund für doloſe Verbrechen an [5]). Auch das wirt. nennt nur Blödſinn und Verſtandesſchwäche in hohem Grade, läßt ſie jedoch allgemein wirken [6]). Weiter geht ſchon das heſſiſche Art. 114, es nennt ausdrücklich Taubſtummheit, Schlaf, Nachtwandeln, Wahnſinn, Blödſinn, Verrücktheit, Raſerei, vorübergehende Verwirrung der Sinne oder des Verſtandes [7]), ſchließt dagegen die oben unter b) genannten Fälle aus [8]). Ebenſo im Weſentlichen das braunſchw. §. 60 [9]). Das thüring. nennt (Art. 59) nur einen hohen Grad von Verſtandesſchwäche und theilweiſe (nicht mit dem Verbrechen im Zuſammenhang ſtehende) Seelenkrankheit (!). Das bad. GB. dagegen [10]) fügt (§. 153) den im heſſ. genannten Fällen ausdrücklich auch noch Noth und Zwang bei [11]). — Der unter c) angegebene Milderungsgrund iſt nur vom wirt. GB. Art. 113 [12]) anerkannt.

---

alle Neueren; ſ. dag. Farin. qu. 10. n. 84 sq. Carpzov qu. 141. n. 84—87. und die bei Gründler N. Arch. 1841. S. 515. 516. n. 13—16 Angef.

1) Nur Schwäche des Verſtandes kommt als Strafminderungsgrund vor. §. 46. a.

2) Nach den Anm. I. 299 ſollte für die Fälle der ſog. verminderten Zurechnung der Art. 106 aushelfen! Mot. v. 1854. z. Art. 83. 84. ſ. aber Geſ. 29. Aug. 1848. Art. 3.

3) dag. ſ. Mittermaier N. Arch. 1852. S. 172. 173.

4) Weiß S. 272—275. Held N. Jahrb. 1845. S. 145 f. (wornach das O.A.G. einigermaßen ausdehnend interpretirt). vgl. Schüler Beitr. S. 46. Held u. Siebdrat S. 120. 121. Breidenbach I. 2. S. 606. u. d. neuen Mot. z. Art. 84. Das Zürch. GB. §. 83 führt gar nur den höchſten Grad unverſchuldeter Trunkenheit an!

5) Art. 83, 2, und ſelbſt dies höchſt unbeſtimmt; vgl. Art. 98. Verſtandesſchwäche, Affekt, Trunkenheit, die Zurechnung nicht ganz aufhebende Gemüthsgebrechen ſind ausdrücklich nur für Minderungsgründe erklärt. vgl. Meyer in der juriſt. Ztg. 1850. S. 295 f.

6) Geringere Verſtandesſchwäche u. Trunkenheit ſind ausdrücklich bloß als Mind.-gründe anerkannt. Ueber andre pſychiſche Abnormitäten iſt die Praxis nicht entſchieden. Hufnagel I. 214. vgl. Strafgb. m. Anm. S. 495.

7) Bei den meiſten läßt ſich freilich eine bloße Annäherung nicht denken. ſ. o. Breidenbach I. 2. S. 607—615.

8) Noth u. Drohung ſind bloß Strafmind.gründe. ſ. indeſſen Breidenbach I. 1. S. 581. u. I. 2. S. 613. 614 (der Gelüſte der Schwangern u. Heimweh unter den Art. 114 ſtellt, desgl. Noth u. Drohung, wenn ſie Sinnen- oder Verſtandesverwirrung herbeiführen).

9) Ebenſo der neuſte bair. Entw. Art. 83. 84 (vgl. Geſ. 29. Aug. 1848. Art. 3) u. die hamburg. Entwürfe. ſ. jedoch Breym. S. 221. Bem. 3. 4.

10) Thilo S. 168. 169. vgl. Entw. f. Schlesw.Holſtein §. 76. Mit Recht fordern die meiſten Gbücher direkt oder indirekt einen hohen Grad der fraglichen Zuſtände. A. M. Mittermaier, ſ. dag. Baumeiſter S. 107—110. Sächſ. Mot. z. Art. 84.

11) Noch weiter geht der ſächſ. Entw. Art. 84. 93. 94; er fügt auch Befehl, Rechtsirrthum, Nothwehr bei. — vgl. noch GB. von Parma Art. 63. Sardinien Art. 100. Entw. f. Toskana §. 81. Wadtl. GB. Art. 58 vgl. 57.

12) relativ vom wadtländ. Art. 60. 62. vgl. bad. Mot. b. Thilo S. 206. 207.

4) Hinsichtlich der Wirkung A) der Zumessungsgründe sind die Arten der relativ bestimmten Strafgesetze zu unterscheiden. a) Sind vom Gesetz verschiedene Strafarten genannt [1]), so können diese hinsichtlich des Grades wieder bestimmt oder unbestimmt sein. Letzteren Falls sind hinsichtlich der Bestimmung des Grads die nachher (unter b) folgenden Regeln anzuwenden. Ersteren Falls hat der Richter jedenfalls eine der bestimmten Strafarten zu wählen, es müßte denn hinsichtlich beider die Nothwendigkeit der Verwandlung eintreten [2]). Bei der Wahl zwischen den im Gesetz vorgeschriebenen Strafarten wird häufig von Aelteren und Neueren der Grundsatz aufgestellt, daß der Richter nicht nur auf die konkrete Erscheinung des Verbrechens, sondern auch auf Stand, Charakter ꝛc. des Verbrechers zu sehen und Billigkeitsrücksichten zu befolgen habe [3]). Jedoch mit Unrecht [4]). Vielmehr entscheidet auch hier nur der größere oder geringere Grad der Strafbarkeit. Von selbst versteht sich dies, wo entschieden subordinirte Strafarten alternativ gedroht sind [5]); es ist aber auch dann der Fall, wenn die Strafarten sich koordinirt sind, wie z. B. Freiheits- und Geldstrafen ꝛc., Freiheitsstrafen und körperliche Züchtigung. Denn auch hier wird man doch immer die eine der Strafarten als die schwerere anerkennen müssen. Für den letzteren der angef. Fälle geben nun die Gbücher stets ausreichende Bestimmungen hinsichtlich der zu treffenden Wahl (§. 140. Anm. 1). Im ersteren dagegen erscheint der Natur der Sache nach die Geldstrafe als die mildere. Daher ist es verwerflich, wenn das Gesetz hier den Richter anweist, die Wahl nach dem Stande, der Bildungsstufe, der bürgerlichen Stellung ꝛc. des Schuldigen zu treffen, weil hierin eine Bevorrechtung des Höhergestellten und Wohlhabenden liegt [6]). — b) Ist vom Gesetz ein Maximum und Minimum festgesetzt, so kann dies nur den Sinn haben, daß die Strafe aller gewöhnlichen (keine Strafänderung bedingenden) Fälle innerhalb dieses Rahmens fallen und größer oder geringer ausfallen soll, je nachdem die Straferhöhungs- oder die Strafminderungsgründe im konkreten Falle überwiegen [7]).

Breidenbach I. 2. S. 651. 652. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 104. 105. Als Mild.grund erscheint übrigens die Verjährung hie und da auch bei den unverjährbaren Verbrechen. s. z. B. östr. GB. §. 231. braunschw. §. 71. zürch. §. 84. 85. thurgau. Art. 93.

1) Roßhirt Entw. S. 40 nennt derlei Gesetze „mehr als bestimmte".

2) Dies übersieht Kleinschrod II. § 135. Roßhirt a. a. O. s. dag. Henke I. 588. Wächter I. §. 121. n. 94. Abegg S. 240. Bauer §. 151. Heffter §. 160. Martin §. 59.

3) Carpzov qu. 133. n. 49 sq. Feuerbach §. 160. Abegg S. 239. 240. Heffter §. 160.

4) Böhmer ad C. qu. 133. obs. 1. Henke I. 587. Kleinschrod a. a. O. Martin §. 59 (s. übr. §. 63). Unbestimmt drückt sich Bauer §. 152 aus. Daß die Wahl nicht dem Verbrecher überlassen werden dürfe, ist in der neuen Doktrin u. Gesetzgebung allgemein anerkannt. s. z. B. Preuß. LR. §. 86. Oestr. GB. §. 261. Eine Ausnahme macht das sächs. GB. Art. 20 a. E. (anders im neuen Entw.).

5) Eigenthümliche Bestimmungen hiebei hat das thüring. GB. Art. 11. — Auch hier will Weiß S. 196. nr. 11 aristokratische Rückfichten eintreten lassen. s. dag. bad. Mot. b. Thilo S. 166.

6) So sächs. GB. Art. 20. thüring. Art. 16. s. dag. preuß. §. 18 (Beseler S. 120). braunschw. Mot. b. Breym. S. 177. 178. Neue sächs. Mot. z. Art. 24—26.

7) Treffend östr. GB. §. 48. Jenull I. 437 ff. Hye S. 609 ff.

Dagegen erscheint es als eine widernatürliche Annahme, daß das Minimum als der ordentliche Strafsatz anzusehen sei [1]). Hiemit werden nämlich sämmtliche über dem Minimum ausgemessenen Strafen als außerordentliche (geschärfte) prädizirt und das relativbestimmte Gesetz faktisch wieder in ein absolutbestimmtes verwandelt; die Festsetzung von Strafminderungsgründen verliert aber dabei allen Sinn, und der Begriff des Gewöhnlichen (eine Mannigfachheit enthaltenden), der doch eben in dem vom Gesetze gegebenen Spielraum seinen Ausdruck finden soll, wird auf einen Punkt zusammengedrängt und zum innern Widerspruch. Zwar wird ganz treffend bemerkt [2]), daß die Erhöhungs- und Minderungsgründe begriffsmäßig nicht als qualitativverschiedene, sondern als dieselben, nur das eine Mal positiv, das andre Mal negativ ausgedrückten Momente zu betrachten seien. Allein ganz abgesehen davon, daß dies keineswegs durchaus auf unsere Gbücher paßt, welche verschiedene (namentlich politische) Milderungsgründe ohne Korrelat enthalten, folgt daraus keineswegs jenes Resultat, welches nur dadurch erschlichen werden kann, daß man den Minderungsgründen als eigentliche Korrelate der Erhöhungsgründe die Milderungsgründe unterschiebt und hiernach allerdings das Minimum als den normalen, mittleren Durchschnittspunkt zwischen Erhöhungs- (Schärfungs-) und Milderungsgründen erhält [3]). Dadurch wird aber offenbar der wahre Sinn des Strafrahmens zugleich mit dem allgemein angenommenen Unterschiede zwischen Zumessungs- und Strafänderungsgründen verfälscht; und am wenigsten wird damit für die neuerdings so vielfach und lebhaft aufgetretene Polemik [4]) gegen die Regel des Mittelmaßes gewonnen. Im Gegentheil folgt gerade aus jener begriffsmäßigen Auffassung der Strafzumessungsgründe, daß das Gesetz die Mitte zwischen dem Maximum und Minimum als den festen Punkt annehmen muß, welcher dem Gleichgewicht der Erschwerungs- und Minderungs- (der positiven und negativen) Zumessungsgründe entspricht. Auch ist diese Annahme in der That die allein natürliche [5]). Die Gegengründe sind ungemein schwach. aa) wird gesagt, es gebe gar kein Normalmaß der Verschuldung, das der Gesetzgeber als Regel zu Grund legen könnte, und ebensowenig könne man sich eigentlich ein Gleichgewicht zwischen Erschwerungs- und Minderungsgründen denken; bb) durch die Regel des Mediums schiebe man dem Richter ein Bequemlichkeitspolster unter,

---

1) So Kleinschrod II. §. 135. Heffter §. 161. Baumeister S. 104.

2) Trefurt im N. Arch. 1838. S. 412—415. Baumeister a. a. O.

3) Baumeister S. 101—126.

4) s. bes. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 171—182. Fortbild. II. 65 ff. — n. 2. z. F. §. 78. u. n. 2. z. §. 102 b. Groß I. 119. Weiß S. 196. nr. 10. v. Hartitzsch S. 89. Held u. Siebdrat S. 92. Breidenbach I. 2. S. 652—657. Leonhardt I. 418. 419. Unrein de arb. jud. ex Cod. Saxon. concesso. 1838. Oldenb. VO. 11. Okt. 1821. Breym. Bem. z. §. 63. S. 226. Bad. Mot. u. Komm.ber. b. Thilo S. 161—163. 165. 166. Bair. Mot. 1854. z. Art. 78. Hepp Komm. II. 399. III. 355 (A. M. I. 747). Hohbach b. Hufn. Strafgb. m. Anm. S. 496. Häberlin I. 144—146 (sehr oberflächlich). v. Jagemann a. a. O. S. 528—530. Erachten f. Mecklenb. 1. S. 25—27. 33—35 ꝛc. (viel Gutes, aber sehr übertrieben).

5) Roßhirt Entw. S. 41—43. Abegg S. 240. Wächter Abh. I. 257. Zehnter in der Zeitschr. f. Strafverf. II. 1. nr. 1. Schaffrath S. 585—587. Anm. z. bair. GB. I. 235. Wirt. Mot. S. 61. Hufnagel I. 231. 232. Not. *. 630 ob. 631—634. II. 523. Jenull u. Hye a. a. O. N. Rev. S. 865. 866.

cc) man verursache dadurch die grausamsten Härten [1]). Umgekehrt ist aber zu aa) gar nicht zu begreifen, wie der Gesetzgeber zu einem Maximum und Minimum kommen könnte, wenn er nicht von einem durchschnittlichen mittleren Maße ausgienge, von welchem aus er sich die Strafbarkeit steigend und fallend denkt, und welches eintreten muß, wenn die Gründe für das Steigen und das Fallen sich die Wage halten. Auch ist es ganz falsch, wenn man meint, dadurch werde die Strafausmessung zu einem Rechenexempel, da es sich vielmehr damit sehr wohl verträgt, die Zumessungsgründe nicht zu zählen, sondern zu wägen, und da mit der Aufstellung des Mediums als Ausgangspunkt für die Strafausmessung keineswegs gesagt ist, daß in einer gewissen Zahl, oder gar der Mehrzahl der Fälle nun auch nur auf das Medium erkannt werden solle [2]). Eben damit fällt der Vorwurf zu bb) von selbst hinweg, der ohnedies durch den Gegenvorwurf der Privilegirung zügelloser Willkühr mehr als aufgewogen würde. Ueberdieß erstaunt man, von den Gegnern selbst am Ende doch die Weisung an den Richter zu vernehmen, daß er erst prüfen solle, ob der Fall eine größere Strafe (gegen das Maximum zu) oder eine geringere (gegen das Minimum zu) verdiene, und daß er dann diese vorläufige approximative Größe zum Anhaltspunkte für die Abwägung der Erhöhungs- und Minderungsgründe zu nehmen habe. Das ist ja am Ende doch wohl dieselbe Operation, die man so hart anficht, nur daß man nicht vom Medium selbst, sondern von dem Raum über oder unter Medium ausgeht [3])! Der allein stichhaltige Einwurf ist der zu cc), den jedoch nicht die Wissenschaft, sondern bloß das Ungeschick des Gesetzgebers zu verantworten hat, wenn er sich in der Festsetzung der Endpunkte vergreift [4]). Entstehen hieraus Inkonvenienzen, so wird sich die Praxis freilich durch wissenschaftliche Gründe nicht abhalten lassen, in dubio sich näher am Minimum zu halten; aber für ein Glück ist ein solches prinziploses Gebahren, das noch überdies der Einmischung aller möglichen moralischen Rücksichten Vorschub leistet, sicherlich nicht zu halten. — B) In Betreff der Wirkung der Milderungsgründe sind die Meisten [5]) der Ansicht, daß sie eine begrenzte sein müsse, wiewohl freilich die gemeinrechtlichen Lehrbücher die Frage beinahe durchaus vag und oberflächlich behandeln [6]). Diese Ansicht ist denn auch fast in sämmtliche [7]) neuen Gbücher übergegangen. Jedoch mit Unrecht. Denn

---

1) s. bes. Mittermaier u. Breidenbach a. a. O. vgl. Hufnagel I. 628. 629. Strafgb. m. Anm. S. 496.

2) Gegen diese ganz grundlose Voraussetzung richten sich die Argumente der Gegner ganz besonders. s. dag. die Ausführungen b. Hufnagel I. 231. Not. 630. ob. 631—634. Hye allerdings streift an Mechanismus.

3) Mittermaier Fortbild. I. 69. Breidenbach a. a. O. Dagegen sagen freilich die bad. Mot., die Bem. bei Breym., Weiß u. A., der Richter dürfe weder vom Maximum, noch vom Minimum, noch vom Medium ausgehen. Soll er denn von gar nichts ausgehen?!

4) Gute Glossen hierüber b. Mittermaier Fortbild. II. 68. 69.

5) s. indessen Henke I. 564. 565. 586. Bauer Abh. I. 196 ff. Marezoll S. 180. Alle freilich sehr unbestimmt. vgl. jetzt auch Arnold N. Arch. 1853. S. 239 ff.

6) Grolman §. 99. Martin §. 57. Wächter I. §. 116. n. 67. Tittmann §. 119. Abegg §. 152. 153. Heffter §. 157.

7) s. dag. thüring. GB. Art. 58. 59, theilweise östr. GB. §. 54. 266. u. bei Zusammentreffen von Jugend u. verminderter Zurechnung das hessische Art. 114. Auch der bad. Entw. hatte bei dem Mild.grund der verminderten Zurechnung die ent-

sämmtliche Gründe für die Strafmilderung steigern sich in unendlicher quantitativer Gradation bis zur Aufhebung der Zurechnung, resp. dem Nullpunkt der Schuld (bei der Noth) oder dem völligen Zeitablauf (bei der Verjährung), und jedes zwischen dem gesetzlichen Minimum und der Strafloſigkeit festgesetzte weitere Minimum ist völlig willkührlich [1]). Die Gegengründe: daß solche, bei denen „die Zurechnung vermindert sei", den jugendlichen Verbrechern gleichzustellen seien [2]), daß man sie wenigstens als gefährliche Subjekte betrachten müsse [3]), daß man wohl an der Milde abbrechen dürfe, da man ja auch an der Härte abbreche [4]), daß es unpolitisch sei, bei todeswürdigen Verbrechen auf geringe Freiheitsstrafe erkennen zu lassen [5]), daß die Begnadigung aushelfe [6]) ꝛc., sind ohne Werth. Denn: bei jugendlichen Verbrechern darf ebenfalls kein Minimum gesetzt werden [7]), und der Strafmilderungsgrund wegen der sog. verminderten Zurechnung beruht keineswegs bloß auf unreifer Entwicklung [8]), — Gefährlichkeit ist kein Grund zur Strafe, sondern zu Polizeimaßregeln [9]), — Begnadigung darf nicht eintreten, wo noch die Rechtspflege ihre Schuldigkeit thun kann [10]). — Uebrigens differiren die neuen Gbücher (ausgen. das thüring. und resp. das östr. u. hess.) hinsichtlich der Grenze, bis zu welcher beim Eintritt von Milderungsgründen (außer der Jugend) die Strafe herabgesetzt werden darf, gar sehr. Am engherzigsten verfährt das sächs. GB. [11]); sehr willkührlich das wirtemb. [12]), und mehr oder weniger auch die übrigen [13]). Auch die Jugend ist aber keineswegs gleich-

---

gegengesetzte Ansicht befolgen wollen, wie sie schon das Strafedikt 1803. §. 94 ausgesprochen hatte. Thilo S. 160. Mittermaier Fortbild. I. 68. 273. s. jetzt aber auch den sächs. Entw. Art. 84. 93. 94. vgl. die bair. Vhdl. i. J. 1848 b. Mittermaier N. Arch. 1850. S. 344—347.

1) sehr gut nachgewiesen von Baumeister S. 121—124. Theilweise anerkannt im Erachten f. Mecklenb. 1. S. 19. 43. 47. vgl. Arnold a. a. O.

2) So der bair. Justizminister u. das Ges. 1848, der bad. Komm.ber., braunschw. Mot. Breym. S. 221.

3) Braunschw. Mot. a. a. O.

4) Bad. Komm.ber.

5) es wird der Rath gegeben, in Fällen der Art lieber gänzliche Aufhebung der Zurechnung anzunehmen; so z. B. vom bair. Justizminister. Vhdl. d. Ausch. d. Reichsräthe 1848. I. 247. Also eine pia fraus?

6) Bad. Komm.ber.

7) Der bad. Entw. war eben hier inkonsequent gewesen.

8) Mittermaier N. Arch. 1850. S. 346. n. 37 (wo übrigens das thüring. GB. unbegründeten Tadel erfährt).

9) „diese Reflexion ziemt dem Polizeidiener, nicht dem Gesetzgeber." Baumeister S. 112.

10) Mittermaier Fortbild. I. 300—309. N. Arch. 1852. S. 161—164. Baumeister S. 112. Bauer Abh. I. 205. 206. Berner Theilnahme S. 135—137.

11) Art. 64, sehr auffallend neben Art. 65! s. dag. den neuen Entw. Art. 84. 93. 94. Auch das braunschw. §. 60. 62 beschränkt die Wirkung auf unbegreifliche Weise, wodurch denn freilich der §. 62 ziemlich illusorisch wird.

12) Art. 98. 113. 174. 243. 264. 342 (360). 383. 388. 422. 423. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 23. 29. 30. 31.

13) Oestr. GB. §. 54. 266. j. Strafproz.O. §. 286. Hess. Art. 114. Bad. §. 154. 155. Bair. Entw. Art. 83. 84 (in Hessen, Braunschw. u. im bair. Entw. wird die verminderte Zurechnung der Jugend gleichgestellt). Die Fälle des preuß. GBs s. bei Beseler S. 33. 34, die des hannövr. b. Leonhardt I. 34. n. 3. S. 36. n. 5.

mäßig berückſichtigt. — Eigenthümlich iſt (§. 51. Anm. 1) das preuß. GB., ſofern es, wie das franzöſ., keinen abſoluten Anfangspunkt für die krim. Verantwortlichkeit feſtſetzt, ſondern den Eintritt der (gemilderten) Strafe bei Perſonen unter 16 J. überhaupt von der Bejahung der Frage, ob ſie mit Unterſcheidungskraft gehandelt haben, abhängig macht. Alle übrigen Gbücher grenzen für die Wirkung des Strafmilderungsgrunds eine zweite, resp. dritte Altersſtufe (mit verſchiedenen Anfangs- und Endpunkten) ab. Dabei enthalten einige die ausdrückliche Beſtimmung, daß, wenn der in der zweiten Altersſtufe Stehende nicht mit Unterſcheidungskraft gehandelt habe [1]), er ganz wie ein Kind zu behandeln, alſo kriminell gar nicht zu ſtrafen ſei [2]). — Bloß Eine Altersſtufe berückſichtigen das preuß. GB. (bis zum 16. J.), das wirt. (10—16. J.) [3]), das ſächſ. (12—18. J.), das braunſchw. (14—21. J.), das thüring. (12—18. J.). Dagegen ſcheidet das bair. zwei Altersſtufen (8—12., 12—16. J.) mit beſondern Strafſätzen ab [4]). Das hannövr. erklärt zunächſt Jugend von 10—16 J. als Mild.grund, wofür beſtimmte Strafſätze gegeben ſind, ſofort aber auch nach dem 16ten J. (bis wann?) ohne alle nähere Beſtimmung über die Strafe, wenn das Delikt mehr aus Uebereilung u. dgl., als aus Ueberlegung, Bosheit ꝛc. hervorgegangen ſei [5]). Das heſſ. giebt zunächſt für Jugend von 12—16 J. einen ausführlichen Strafherabſetzungstarif, und ſchließt vom 16—18ten J. Todes- und lebensl. Zuchthausſtrafe aus [6]). Ebenſo das bad. §. 79. 80 (das indeſſen nur Todesſtrafe ausſchließt). Das öſtr. GB. ſieht die Jugend von 10—14 J. als allgemeinen Milderungsgrund an. Vom 14ten J. ab wirkt ſie als Milderungsgrund, kann aber in Verbindung mit andern Minderungsgründen, welche der Hoffnung auf Beſſerung Raum geben, auch als Mild.grund wirken; jedenfalls ſchließt ſie bis zum 20ten Jahr (incl.) Todes- und lebensl. Kerkerſtrafe aus [7]). — Die Maßſtäbe für die Strafherabſetzung ſind nun wieder ſehr verſchieden. Dabei findet eine eigenthümliche Berückſichtigung des Grundſatzes: malitia supplet aetatem im ſächſ. GB. ſtatt, ſofern betr. Falls der Mild.grund aus-

---

1) vgl. auch L. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). §. 18 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). — l. 22 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10) j. l. 23 D. de furt. (47. 2). l. 7 C. de poen. (9. 47). c. 1 X de del. puer. (5. 23). Böhmer ad Carpz. qu. 143. u. med. ad art. 179 §. 2. Roßhirt Entw. 194—196.

2) Bair. GB. Art. 98. 99 (Entw. Art. 57). Wirt. Art. 96. Bad. §. 79. Heſſ. Art. 115 (mit „hinlänglicher Unterſch.kraft" ?? Breidenbach I. 2. S. 598—605). Luzern. Art. 60. Waadtländ. art. 51. 53. Hamb. Entw. 1849. Art. 51. Erachten f. Meckl. S. 145. Bauer Anm. I. 585 unt. ſchreibt den Satz auch dem hann. GB. als in Art. 99 impl. enthalten zu (?). Auch hier iſt zwiſchen hinlänglicher und nicht hinlänglicher Unterſch.kraft unterſchieden, letztern Falls aber nicht Strafloſigkeit, ſondern körp. Züchtigung, Gefängniß oder Arbeitshaus vorgeſchrieben (!). vgl. ſächſ. Entw. Art. 83. — Bloß kulpoſe Delikte ſollen nach dem bair. GB. Art. 102 bei Leuten unter 16 J. der häusl. Zucht überlaſſen bleiben.

3) ſ. jed. Geſ. 17. Juni 1853. Art. 2.

4) dag. ſ. Bauer Anm. I. 584. 585.

5) Leonhardt I. 433. 434. Der Art. 100 iſt ſehr ungenau! Beſſer das Erachten f. Mecklenb. S. 146.

6) Art. 116. 117 (vgl. Art. 121. nr. 1). Breidenbach I. 2. S. 616—621. vgl. das angef. wirt. Geſ., das jedoch einen höheren Strafſatz ſubſtituirt, u. das oldenb. GB. Art. 106. Zürch. GB. §. 81. 82. vgl. Waadtl. Art. 62. nr. 1.

7) §. 46 a. 52. 54 (Strafpr.O. §. 286). 237. 269—273.

geſchloſſen und nur der Todes- oder lebensl. Zuchthausſtrafe zeitliches Zuchthaus ſubſtituirt wird [1]). Eigenthümlich ſteht andrerſeits das thüring. GB. da, ſofern es kein Minimum abſteckt; ebenſo das heſſ. wenigſtens für den Fall, wo Jugend mit verminderter Zurechnung zuſammentrifft [2]), während das bad. in dieſem Falle nur das Minimum tiefer ſetzt [3]). Mit Recht begnügen ſich ferner mehrere der neuen Geſetzgebungen nicht mit der bloßen Strafherabſetzung, ſondern gehen in verſchiedener Richtung weiter, indem ſie α) Ehrenſtrafen, resp. ehrenrührige Folgen andrer Strafen bei jugendlichen Uebertretern ausſchließen [4]), β) abgeſonderte Verwahrung derſelben anzuordnen [5]), γ) Sorgfalt für angemeſſene Arbeit und zweckmäßigen Unterricht vorſchreiben [6]), — oder, was freilich das allein Richtige iſt, auf eigene Korrektionsanſtalten für die jugendlichen Uebertreter Bedacht nehmen [7]).

5) Was endlich diejenigen Gründe betrifft, welche wegen außergewöhnlicher Steigerung der Strafbarkeit eine Schärfung der Strafe (über das Maximum hinaus, resp. Uebergang zu einer höheren Strafart) motiviren, ſo gehen die neuen Geſetzgebungen von der Anm. 3 ausgef. Anſicht aus, vermöge welcher ſie außer dem Rückfalle in der Regel kein richterliches Schärfungsrecht [8]) geſtatten, vielmehr ſich damit begnügen, jenen Rückſichten durch Feſtſetzung höherer Stufen bei beſtimmten Verbrechen [9]), oder durch Anführung beſtimmter Schärfungsgründe

---

1) Art. 62. Nach dem Entw. Art. 86 ſoll auch in dem betr. Falle die Jugend wenigſtens Strafminderungsgrund ſein. vgl. Held u. Siebdrat S. 118. v. Hartitzſch S. 124—126. Das braunſchw. GB. §. 60 berückſichtigt den Grundſatz: malitia ꝛc. gleichfalls, jedoch in andrer Weiſe, d. h. es ſoll nur bei Uebertretern von 18—21 J. ſolchenfalls der Todes- u. lebensl. Kettenſtrafe eine höhere Strafe ſubſtituirt werden. vgl. Hann. Art. 100. Thüring. GB. Art. 58, 2 (richtig). Hye S. 612 (Jenull I. 443. 441?).

2) Breidenbach I. 2. S. 622. 623.

3) Ueber das Zuſ.treffen mehrerer Mild.gründe nach dem braunſchw. u. öſtr. GB. ſ. o.

4) Bair. GB. bis zum 12. J. Strafger. IV. 439 f. Wirt. Art. 96. Preuß. §. 43, 1. Thüring. Art. 58. Hann. Art. 99 (nicht auch über 16 J. Leonhardt I. 434). Bad. §. 79 (bis zu 16 J.), ebenſo nach dem Wortlaut des ſächſ. GB., falls nicht mal. aetatem supplet (A. M. Weiß S. 264. nr. 12, dag. Held u. Siebdrat S. 118). Oeſtr. §. 237. 269. 270. Erachten f. Mecklenb. S. 146. — Anders das braunſchw. u. heſſ. GB. (Breidenbach I. 2. S. 583—586. 620. 621). ſ. dag. den bair. Entw. Art. 80. 85. — Zugleich läßt das bair. GB. Art. 102 bis zum 16. J. wegen fulp. Delikte, das öſtr. §. 273 bis zum 14. wegen Vergehen u. Uebertretungen nur die häusliche Zucht, der bair. Entw. Art. 81 bis zum 16. wegen fulp. Delikte nur Polizeiarreſt eintreten. — Anomal erſcheinen dabei freilich die Prügel im bair., hannövr., ſächſ., öſtr. GB. und im wirt. Geſ. 17. Juni 1853. — vgl. Code pén. art. 68.

5) Bair. GB. Art. 101. Wirt. Art. 96. Oeſtr. §. 270. Bair. Entw. Art. 82. Breidenbach I. 2. S. 536. Weiß S. 265 f. n. 5. v. Hartitzſch S. 127—129.

6) Bair. GB. Art. 101. Hann. Art. 99. Oeſtr. §. 272.

7) Preuß. GB. §. 43, 4. Bad. §. 79. Wirt. Rgbl. 1839. S. 373. 1840. S. 544. Sächſ. VOen 1839. b. Weiß S. 265—269. Note. Bair. Entw. Art. 82. Code p. art. 67. vgl. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 172 f. 1843. S. 548 f. 1847. S. 276. Erachten f. Mecklenb. S. 146.

8) Nur das öſtr. GB. enthält ſich auch hievon.

9) ſo beim Diebſtahl, Raub, der Körperverletzung, Brandſtiftung ꝛc.

bei einzelnen Delikten [1]), resp. durch Gestattung von Schärfungen der Strafe innerhalb des Rahmens [2]) oder der Beifügung von Nebenstrafen (Ehrenstrafen, Stellung unter polizeiliche Aufsicht u. dgl.) [3]) Rechnung zu tragen. Auch kommt es in größerem oder geringerem Umfang vor, daß neben der gewöhnlichen Strafe für den Fall des Eintritts erschwerender Umstände (die nicht näher bezeichnet werden) ein höherer Strafsatz beigefügt wird [4]). — Was nun aber den Rückfall betrifft, so sind die noch immer herrschenden exorbitanten Vorstellungen von seiner ganz außerordentlichen Strafbarkeit, welche Manche [5]) als ein Axiom betrachten, gänzlich zu verwerfen. Sie wurzeln in der Präventionstheorie und setzen voraus, daß der Verbrecher wegen eines früheren Verbrechens wirklich Strafe erlitten habe, dadurch aber nicht gehörig abgeschreckt, resp. gebessert worden sei. Die strenge Konsequenz dieser Auffassung führt entweder zu der Ansicht, daß die frühere Strafe überhaupt fruchtlos geblieben sei und deshalb neben der Strafe des neuen Verbrechens ganz, resp. theilweise (falls das neue geringer als das frühere war) wiederholt werden müsse, — oder wenigstens zu der Ansicht, daß die frühere Strafe zu gelind gewesen sei, um die Stärke der sinnlichen Triebfeder zu paralysiren und deshalb das versäumte Quantum von Repression, resp. Besserung jetzt nachgeholt werden müsse [6]). Jedenfalls wird also der Grundsatz: non bis in idem verletzt [7]). Mit Recht haben daher neuere Vertheidiger jener Theorie unter andern Konsequenzen derselben auch diese aufgegeben und behaupten nur noch, daß der Rückfall ein Schärfungsgrund für das neue Verbrechen sei [8]), worin sie mit den Anhängern andrer Theorieen zusammentreffen [9]). Wird nun dieser in der größeren Gefährlichkeit des Verbrechers gesucht [10]), so ist dieser Gesichtspunkt als ein bloß polizeilicher durchaus zurückzuweisen [11]). Indessen glaubt man auch

---

1) s. z. B. wirt. GB. Art. 262. 312, 6.

2) s. z. B. wirt. Ges. 17. Juni 1853. Art. 10.

3) so bes. im preuß. GB. Beseler S. 31. Die Auffassung der Ehrenstrafen als eines z. Theil dem richterlichen Ermessen zur Verfügung gestellten Accessoriums ist nicht zu billigen. vgl. dag. östr. GB. §. 250.

4) so bes. im hannövr. GB. s. Leonhardt I. 34. n. 3, u. im östr. bei Vergehen und Uebertretungen. Irrthümlich stellt Häberlin I. 103 die Erhöhungsgründe des sächs. GBs Art. 61 unter die Schärfungsgründe.

5) z. B. Bauer Abh. II. 101. Scheurlen N. Arch. XI. 649. Hohbach Beitr. 210—216. Literatur s. bei Anm. 2.

6) s. bes. Oersted Grundreg. S. 332—342. Anm. zum bair. GB. I. 263 f. Grolman §. 92. 93. 113.

7) Carnot Comm. I. 162. Gesterding N. Arch. V. 481. 482. Mit Unrecht polemisiren hiegegen Hélie I. 391—393 und Hohbach S. 215. s. Bauer S. 105. 106. Baumeister S. 73. Mit Recht nennt Möller die fragliche Anschauung eine rein mechanische S. 219. 221—223. Aus der Besserungstheorie insbesondre würde keineswegs die Nothwendigkeit einer Strafschärfung, sondern nur die Pflicht folgen, den Verbrecher für die Besserungsversuche empfänglicher zu stimmen. Breidenbach I. 2. S. 423 f.

8) s. bes. Bauer a. a. O.

9) s. z. B. Hélie I. 391—399 und Rossi ib. cit.

10) Wie von Bauer, Rossi und Hélie, jedoch nicht ausschließlich.

11) Es wird hier nicht der in der That geoffenbarte konkrete Wille, sondern die Subjektivität des Thäters überhaupt (welche den strafenden Staat nichts angeht), und auch diese wieder nicht in ihrer Beschaffenheit an sich, sondern nach dem Grade der Furcht, die sie der Gesellschaft für die Zukunft einflößt, zum Maßstab der Strafe ge-

vom rechtlichen Standpunkte aus im Rückfall unter allen Umständen den Beweis einer größeren Intensität des verbrecherischen Willens finden zu dürfen. Das Erleiden der Strafe, sagt man, müsse dem Verbrecher Furcht vor künftiger Strafe einflößen und daher ein bedeutender Abhaltungsgrund von neuen Verbrechen sein; wenn er also gleichwohl ein neues Verbrechen begehe, zeige er, daß er mehr innere Abhaltungsgründe überwunden habe, als ein nicht Rückfälliger, mithin sein verbrecherischer Wille intensiv stärker gewesen sei [1]). Es ist jedoch gerade die behauptete psychologische Wirksamkeit der erlittenen Strafe eine durchaus problematische, da sehr häufig der Rückfall im konkreten Fall gerade das Gegentheil beweist, wie denn überhaupt die Menge der Rückfälle offenbar gerade die Unwirksamkeit der Strafanstalten in ihrer bisherigen Einrichtung darthut [2]). Ohnedies kann das Erleiden der Strafe dem Verbrecher nicht erst die Furcht vor der Strafe einflößen, welche ja schon die Strafandrohung im Gesetze ebenso zu bewirken geeignet ist. Wenn ihm also das eine oder andre kein Abhaltungsgrund ist, so liegt dies wohl nur darin, weil er nicht entdeckt zu werden hoffte [3]). Bleibt man nun bei dieser Begründungsweise stehen, so ist es konsequent, zum Begriff des Rückfalls die Erstehung der Strafe für das frühere Verbrechen (mindestens zum Theil) zu fordern, dagegen denselben nicht auf die Wiederholung des gleichen oder eines gleichartigen Verbrechens zu beschränken [4]). — Eine andre Begründungsweise stützt sich darauf, daß der Rückfall einen zum Hang, zur lasterhaften Gewohnheit gesteigerten Willen beweise und darum strafbarer sei, weil diese Steigerung zum Laster eine Schuld des Willens sei [5]) und „das Verbrechen hier aus einem tieferen Grunde des Bösen aufsteige“ [6]). Allein hierin liegt nicht-

---

nommen, — eine Anschauung, die konsequent auf Tödtung oder Unschädlichmachung des Rückfälligen führt. Trefurt N. Arch. 1838. S. 415—423. Möller S. 219. Hélie p. 392. 393 findet dies freilich ganz in der Ordnung!

1) s. z. B. Bauer S. 105, der in Einem Athem beifügt, es könne auch durch das Erleiden der Strafe das Ehrgefühl geschwächt und die Furcht vor der Strafe abgestumpft sein. vgl. Oersted Grundreg. S. 332. 333. Wo bleibt dann der innere Abhaltungsgrund? Man fällt rein auf den polizeilichen Standpunkt und in das psychologisch verkehrte Experiment zurück, durch Furcht vor höheren Strafen denjenigen vom Verbrechen abzuhalten, welcher gerade durch die Wiederholung des Verbrechens beweist, daß diese Furcht ihn nicht abhält.

2) Baumeister S. 65. Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 8 — 10. vgl. Henke I. §. 78 (freilich inkonsequent). Marezoll S. 171. n. 3 (ebenso). Breidenbach S. 426. Schlüter S. 91. n. 54.

3) Möller S. 219. 220. 222—224, wo zugleich richtig das Illusorische der Hoffnung gezeigt ist, durch Erhöhung der Strafe die Abhaltungsgründe zu vermehren, abgestorbenes Ehrgefühl zu ersetzen, stumpfgewordene Empfindlichkeit zu reizen ꝛc.

4) Bauer S. 106—132. vgl. Anm. I. 614—617. II. 277. Oersted a. a. O. Scheurlen N. Arch. XI. 652—654. 656. 657. Hohbach S. 307. (s. jed. 309. 310). Abegg Lb. S. 230 und N. Arch. 1834. S. 432 ff. Tittmann §. 115 (der jedoch auch bei Begnadigung oder Verjährung Rückfall annimmt). Henke I. 538—541. Wächter I. S. 233 (der sich jedoch hinsichtlich der Gleichartigkeit nicht ausspricht). Heffter §. 102. Martin §. 61. 64 (gleichartige Verbrechen). Wenn Mehrere (s. auch Hélie l. c.) theilweise A. M. sind, so liegt der Grund darin, daß sie neben der fraglichen Motivirung noch eine andre annehmen.

5) Henke I. 541. 542 (gegen Kleinschrod I. §. 174) und nach ihm Berner Theilnahme S. 146.

6) Wirth Ethik I. 143. 144 und ganz nach ihm Berner a. a. O. S. 139—

lich eine durchaus verwerfliche Unterschiebung des moralischen Gesichtspunkts, indem nicht auf den in der That geoffenbarten verbrecherischen Willen, sondern auf die allgemeine Lasterhaftigkeit des Subjekts gesehen und ganz willkührlich präsumirt wird, daß dieser tiefere Grund des Bösen auf ideelle Weise in jedem verbrecherischen Einzelakte (Rückfalle) gegenwärtig sei [1]). Indessen liegt in dieser Auffassung wenigstens der Vortheil, daß sie zur Beschränkung [2]) des Begriffs des Rückfalls auf gleichartige [3]), und — konsequent — auf solche gleichartige Verbrechen führt, deren wiederholte Begehung eben auf einen solchen bestimmten lasterhaften Hang schließen läßt [4]). Gleichwohl ist sie verwerflich, wie sie denn auch nur als Transaktion zwischen dem Prinzip der Prävention und dem der Gerechtigkeit entstanden ist [5]). So wie sie im hess. u. bad. GB. fixirt ist, fällt sie geradezu in die Präventionstheorie zurück. „Denn daß schon bei dem ersten oder zweiten Rückfall die Gewohnheit wirklich vorhanden sei, wäre die kühnste aller Präsumtionen; man straft also, damit die Gewohnheit nicht entstehe oder wachse; in jenem wie in diesem Fall holt man einen Rechtfertigungsgrund für die Gegenwart aus der Zukunft her“ [6]). Jedenfalls müßte daher der Satz nur so gestellt werden, daß der Rückfall nur dann ein Schärfungsgrund sei, wenn er sich im konkreten Fall als Produkt eines eingewurzelten lasterhaften Hangs darstelle [7]). Allein auch so taugt er nichts. Denn der hier verlangte Beweis kann unmöglich hergestellt werden; die Praxis würde nothwendig in die verworfene Präsumtion zurückgedrängt. Selbst wenn er hergestellt werden könnte, wäre aber stets der strafende Richter zum Sittenrichter gemacht. Dazu kommt, daß, wie die tägliche Erfahrung zeigt, sogar ein und dasselbe Verbrechen unter den verschiedensten Umständen und aus ganz verschiedenen Motiven begangen werden kann [8]), vollends aber die Aufstellung abstrakter Kategorieen von gleichartigen Verbrechen etwas höchst Willkührliches, der Wirklichkeit sehr oft Widersprechendes ist, daher auch

---

141. 486—488. vgl. Rossi III. c. 4. Hélie l. c. vgl. dag. Sander N. Arch. 1836. S. 359 ff. Krug N. Jahrb. (sächs.) VII. 17. 18.

1) Trefurt a. a. O. und bei Thilo S. 193. 194. Baumeister S. 73. Möller S. 221. 222. Breidenbach I. 2. S. 423—428. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 551—553.

2) Andrerseits setzt sie freilich auch nicht wirklich erlittene Strafe voraus!

3) Auf diese beschränken den Rückfall auch manche Präventionisten, wie namentlich Grolman (vgl. Martin); aber auch Oersted, Bauer, Scheurlen, Hohbach ꝛc. wollen jedenfalls bei Wiederholung gleichartiger Verbrechen (eigentlicher Rückfall) strengere Bestrafung.

4) so das hess. und bad. GB. und Berner a. a. O. (der das erstere übersehen und 1847 erst im bad. Entw. entdeckt hat, was in Baden seit 1845 schon Gesetz war). s. auch schon das preuß. LR. §. 53.

5) Bauer S. 118. 119. 124—126. Breidenbach S. 428. Mittermaier a. a. O. Berner freilich hält sie für die allein richtige. vgl. die Komm.-Berichte bei Thilo S. 195. 197.

6) Breidenbach a. a. O. Trefurt bei Thilo S. 193. Möller a. a. O.

7) so Berner S. 140, der daher ganz mit Unrecht die bad. Mot. als übereinstimmend anführt. Temme Glossen S. 131 will, daß gerade dasselbe Verbrechen wiederholt sei. Damit wird die Sache nur noch exorbitanter.

8) s. auch Bauer S. 119. Hohbach S. 309. Mit Recht werfen Oersted, Bauer u. A. der Beschränkung auf gleiche oder gleichartige Verbrechen Inkonsequenz vor, da dem eingewurzelten Hang dadurch jedenfalls ein ganz exorbitantes Uebergewicht gegeben wird.

die nähere Ausführung sehr verschieden und gänzlich unzuverläßig auszufallen pflegt [1]). Eben dies gilt in noch verstärktem Grade von der Aufstellung abstrakter Gruppen von Verbrechen, die aus habituell werdenden Neigungen entspringen [2]). — Sagt man sich nun aber von den hergebrachten Vorurtheilen los, so wird man sich darauf beschränken müssen, in der Wiederholung von Verbrechen nach bereits erlittener Bestrafung einen möglichen Straferhöhungsgrund zu sehen, dann nämlich, wenn die Wiederholung — gleicher oder verschiedener Verbrechen — im konkreten Fall eine gesteigerte Energie des verbrecherischen Willens beweist. Die negative Voraussetzung hiezu ist, daß das neue Verbrechen nicht unter strafmindernden Umständen begangen sei, welche jene Annahme ausschließen [3]); — die positive, daß die Strafanstalten so eingerichtet werden, daß man auf eine intensive Wirksamkeit der Strafe, insbesondere auf einen bessernden Einfluß derselben rechnen darf [4]). Unter diesen Bedingungen, aber auch nur unter diesen, ist es allerdings gestattet anzunehmen, daß die nicht anderweitig einigermaßen entschuldigte Begehung neuer Verbrechen auf einen stärkeren Grad des verbrecherischen Willens bei dem schließen lasse, bei welchem zu allen übrigen Abhaltungsgründen auch das Andenken an die erlittene Strafe und die Vorstellung der wieder bevorstehenden sich gesellen mußte. Es rechtfertigt sich daher nur die Einreihung des Rückfalls unter die übrigen Straferhöhungsgründe, keineswegs aber die ungebührliche Hervorhebung desselben über alle andern [5]), und ebenso wenig seine absolute gesetzliche Fixirung. Daß die aus der Präventionstheorie hervorgegangenen Grundsätze über die exorbitante Bestrafung des Rückfalls, namentlich über die Wiederholung der Vorstrafen die größte Ungerechtigkeit seien, gesteht man neuerdings in der Regel zu [6]); nur bringt man fast ebenso häufig dasselbe Unrecht nur unter einem andern Titel, nämlich dem der Schärfung der neuen Strafe nach Dauer und Art hervor [7]). Freilich wird dafür, daß man dem Rückfall — wenigstens eventuell — diese Wirkung einräumen müsse, der Grund geltend gemacht, daß man außerdem sich genöthigt sehen würde, alle Maxima beträchtlich zu erhöhen [8]). Allein abgesehen davon, daß die Maxima in den neuen

---

1) vgl. z. B. Hélie I. 393—396. Scheurlen a. a. O. S. 650 ff. Hohbach S. 309. 310. Bauer S. 133—138. Wendt de del. recid. p. 42. Gönner Mot. 1822. S. 209 und besonders Breidenbach I. 2. S. 459—472. Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 19 (widerspricht sich).

2) Mittermaier N. Arch. 1839. S. 551—553. Breidenbach S. 464 ff.

3) Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 17. Hélie I. 398 (der aber aus Furcht vor dem richterlichen Ermessen nicht recht traut. s. aber p. 432). vgl. selbst Bauer Anm. I. 626 oben. Breidenbach S. 462. n. 2 (sehr inkonsequent gegen S. 426!) Trefurt bei Thilo S. 202.

4) Breidenbach bleibt die positive Begründung (S. 423—429) schuldig. s. dag. Mittermaier a. a. O. n. 8—13 und die dort Angeff., und besonders Baumeister S. 74.

5) s. besonders Breidenbach S. 427. 428.

6) s. zwar noch Grolman, vgl. dag. Tittmann, Wächter, Heffter, Abegg, Bauer, Scheurlen, Hohbach ꝛc. a. a. O.

7) so die in vor. Note Genannten. s. dagegen Henke, Marezoll a. a. O. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 552. 553 (in §. 132 a. z. F. ist er A. M.). Baumeister S. 74. Rossi l. c. Hélie I. 399. Breidenbach S. 428. 429.

8) Duttlinger in den bad. Vhdl. II. K. H. 6. S. 119. Wolffs Komm.ber. bei Thilo S. 197. vgl. Trummer N. Arch. 1853. S. 453 f.

Gbüchern weitaus in der Mehrzahl in Beziehung auf Höhe nichts zu wünschen übrig lassen, ist es eben eine willkührliche Voraussetzung, daß der Rückfall (und eben nur der Rückfall) eine so unverhältnißmäßige Berücksichtigung verlange. — Die Gesetzgebungen des vor. JHs begnügen sich noch damit, die wiederholte Begehung von Verbrechen überhaupt oder des gleichen Verbrechens, ohne besondere Betonung der früher erlittenen Bestrafung, einfach unter den übrigen Schärfungsgründen mit aufzuzählen [1]). Das östr. GB. dagegen sieht im Rückfall, d. h. in der Wiederholung desselben Verbrechens nach erlittener Bestrafung nur einen Erschwerungsgrund [2]). Auch in Frankreich war vor der Revolution der Rückfall nur unter die Schärfungsgründe überhaupt gestellt gewesen [3]). Erst mit dem Code v. 1791 begannen die Experimente der Präventionstheorie: Deportation, Brandmarkung, Verwandlung der contravention in délit, des délit in crime [4]). Der Code v. 1810 führt bei crimes als Regel den Uebergang zur höheren Strafart, selbst zum Tode durch, ohne den Rückfall auf gleichartige Verbrechen zu beschränken. Die Folge war allgemeine Empörung über die Grausamkeit des drakonischen Systems, das auch im Ges. v. April 1832 nur sehr ungenügende Abhilfe fand [5]). Nicht in ganz so krasser Weise wirkte das Abschreckungsprinzip im bair. GB. [6]); der Rückfall wurde auf gleichartige [7]) Verbrechen beschränkt und es sollte nicht unbedingt der Uebergang in die höhere Strafart stattfinden. Gleichwohl sollte wenigstens von zeitlichem Zuchthaus sofort zu unbestimmtem, von letztem zur Kettenstrafe übergegangen werden. Herrschendes Prinzip aber war die Wiederholung der Vorstrafen, — freilich den Anm. gemäß nach dem System der respektiven Identität. Schon die off. Anm. suchten nun freilich auch außerdem der abnormen Härte des Gesetzes vorzubeugen, freilich nicht eben sehr weitgrei-

---

1) Cod. Max. I. c. 1. §. 35 (beim Diebstahl folgt der C. der P.G.O., ohne Konkurrenz und Rückfall gehörig zu unterscheiden). Theres. Art. 12. §. 5, 1. 2. Preuß. LR. §. 52. 53. Mit Unrecht wird jedoch dieses (s. §. 48) von Bauer Anm. I. 623. n. a. zu großer Milde beschuldigt.

2) Jenull I. 349—354. Ebenso das revid. GB. §. 44. 263. Der eigentliche Rückfall gilt sogar nur als negativer Erschwerungsgrund. Hye S. 463—476. 576. Eine Ausnahme findet jedoch beim Diebstahl statt. — Vergl. auch den russ. Entw. 1818. Art. 90. 92. den hess. 1824. den preuß. Entw. 1830 und die Vhdl. bei Goldtammer I. 462 ob. s. auch bair. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 2 und den neusten bair. Entw. Art. 90, die zwischen Verbrechen gleicher und andrer Art mit Recht nicht unterscheiden, und den hamb. 1849. Art. 49, nr. 5 (anders 1848. Art. 59). vgl. übr. Trummer N. Arch. 1853. S. 453 f.

3) Ausnahmen s. bei Hélie I. 387. 388.

4) Hélie p. 388. 389.

5) Carnot Comm. I. 162 sq. Hélie I. 400 sq. Boitard leçons p. 258 sq. Haus obs. sur le projet de rév. I. 182 sq. Rauter traité I. 299 sq. Hoorebeke récidive p. 83 sq. Bonneville récidive p. 29 sq. Morin dictionnaire du droit crim. p. 681 sq. vgl. Chauveau code progr. p. 179. 180. Weder Verjährung, noch Begnadigung oder Rehabilitation schließt den Rückfall aus (nur Amnestie). Bei délits gelten andre Grundsätze. — Noch härter war das GB. der spanischen Cortes. art. 119. Krim. Beitr. I. 289—291.

6) Art. 111—117. j. Anm. I. 263—295 und Novellen bei Gönner und Schmidtlein Jahrb. I. 177—214.

7) Daß es die Anmerk. hiemit sehr leicht und willkührlich genommen hätten, wie Mittermaier §. 132 a. n. 14 behauptet, ist nicht gegründet. Dagegen wurde der Begriff der Gleichartigkeit sehr auffallend erweitert in der oldenb. VO. 3. Juli 1832.

fend, und selbst in soweit auf Kosten der Konsequenz und in einer höchst willkührlichen Weise, wovon die nothwendige Folge die größte Verwirrung in der Praxis war [1]) (noch ganz abgesehen von der Lücke, welche das GB. zwischen der realen Konkurrenz und dem auf vollständige Erstehung der früheren Strafe gebauten Begriffe des Rückfalls ließ) [2]). Obgleich nun das O.A.Ger. schon i. J. 1817 die Mängel des Systems nachwies [3]) und alle folgenden Entwürfe [4]) es verließen und das des östr. Gbs annahmen, so ließen sich dennoch die neueren Gesetzgebungen dadurch nicht abhalten, bei der exorbitanten Auffassung des Rückfalls zu beharren [5]). Allerdings haben sie die nakte Aufrichtigkeit des Systems der Wiederholung der Vorstrafen verlassen [6]) und den Rückfall nur noch für einen Grund zur Schärfung des jetzt neu begangenen Verbrechens erklärt. Allein bei dem ungebührlichen Gewichte, das sie mehr oder weniger diesem Schärfungsgrunde beilegen, ist damit nur wenig gewonnen und nur unter einem andern Namen derselben falschen Theorie gehuldigt, die man an dem bair. GB. tadelt [7]), — davon nicht zu reden, daß man durch die Ausdehnung des Begriffs der gleichartigen Verbrechen, resp. durch Aufstellung von Kategorieen habituell werdender Verbrechen das bair. GB. wieder gewaltig verschärfte. Uebrigens weichen sie im Einzelnen wieder sehr von einander ab. a) Wenn neuerdings ein verschiedenartiges Verbrechen begangen wird, so nehmen alle [8]) keinen Rückfall, sondern bloß einen Straferhöhungsgrund an. Natürlich erweitern sich diese Fälle im umgekehrten Maße, wie die Zahl der rückfallsfähigen Verbrechen sich verengert [9]). Nur bei Wiederholung desselben Verbrechens nimmt Rückfall an das preuß. GB. [10]) (wie das bair. u. östr.). Die meisten andern bei Wiederholung des nämlichen, überdies aber bei Begehung eines mit dem früher bestraften gleichartigen Verbrechens. Darüber jedoch, welche Verbrechen in Beziehung auf den Rückfall als gleichartig zu betrachten seien, herrscht keine Uebereinstimmung [11]). Das hann. GB. und die

1) s. v. Seckendorf in Aretins Jahrb. II. nr. 3. v. Schelhaß im N. Arch. II. 582 f. Bolgiano Beitr. z. Lehre vom Rückfall. 1843. v. d. Pfordten in Zurheins Zeitschr. f. Theorie und Praxis II. 151 f. Wendt de del. recidiv. bes. v. Menz im N. Arch. 1848. S. 420 ff. Auch die Milderungen in der oldenb. VO. 3. Juli 1832 sind höchst unzureichend.

2) Arnold im N. Arch. 1844. S. 198 ff. Uebersehen von Häberlin I. 96.

3) Gönner und Schmidtlein Jahrb. III. 158.

4) Freilich mußte schon der Entw. 1822 dafür von Oersted, Spies, Wellmer u. A. Tadel erfahren.

5) Besonders streng — gleichsam als eine besondre Verbrechensart — behandelt den Rückfall das GB. von St. Gallen Art. 43. 44.

6) Wenigstens im allg. Theile. s. dag. den Diebstahlsrückfall im wirt. GB. Art. 335—337 (aufgehoben Gesetz 13. Aug. 1849. Art. 28).

7) Sehr klar tritt die Selbsttäuschung hervor bei Bauer Anmerk. I. 623 ff. und Abhdl. II. 142 ff.

8) wie auch das bair. Art. 92, 4. Im hannövr. Entwurf stand auch der „uneigentliche" Rückfall als Schärfungsgrund, wurde aber ausgemerzt. s. auch sächs. GB. Art. 61. Anders dagegen das zürch. GB. §. 77.

9) Am meisten daher im hess. und bad. GB. (s. o.).

10) §. 58, wie schon das ALR. s. übrigens §. 219. über die früheren Entwürfe s. Goldtammer I. 460—463. (das östr. GB. spricht von einem gleichen Verbrechen, was Jenull als idem, Hye als gleichartig auslegt).

11) Sächs. GB. Art. 58. 59. Braunschw. §. 58. 59. Wirt. Art. 124. j. 273. 361. (s. jed. 334—337. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 28). Thüring. Art. 46. 47.

oldenb. VO. 3. Juli 1832 §. 2 versuchen allgemeine Anhaltspunkte zu geben; Gleichheit der Triebfeder, Gleichartigkeit des verletzten Rechts, resp. der verbrecherischen Thätigkeit, — ohne dadurch die Anwendung eines in sich haltlosen Begriffs sicherer zu machen [1]). Ganz eigenthümlich sind endlich (s. o) das hess. und bad. GB., sofern sie keineswegs immer bei der Wiederholung desselben Verbrechens Rückfall annehmen, sondern nur eine gewisse Anzahl von Verbrechen als an sich rückfallsfähig, resp. bezüglich des Rückfalls gleichartig hervorheben [2]). — Das bair. GB. beschränkte den Rückfall auf dolose Verbrechen, insofern mit Recht, als es zwischen dolosen und kulposen Delikten keine Identität annahm [3]), dagegen mit Unrecht, sofern kulpose mit kulposen Delikten allerdings auch nach der Präventionstheorie im Rückfallsverhältniß stehen [4]). Giebt man dem Rückfall seine richtige Stellung als die eines bloßen Erschwerungsgrundes, so ist die Frage indifferent, da dann überall die Gleichartigkeit nicht zu betonen ist [5]). Nach der in den neuen Gbüchern zu Grunde gelegten Auffassung dagegen ist jene Unterscheidung allerdings zu machen [6]), und es könnte sich nur noch fragen, ob beim Rückfall in kulpose Delikte ein dem Gegenstand nach gleiches oder gleichartiges Vergehen zu verlangen sei? Gegen die Beschränkung spricht die Natur der culpa, welche die Richtung des Willens auf ein bestimmtes Ziel gerade ausschließt, für dieselbe die Allgemeinheit, womit die neuen Gbücher zum Begriff des Rückfalls Gleichheit oder Gleichartigkeit des Delikts fordern. Rückfall von kulposen Delikten in kulpose Delikte ist nun auch wirklich anzunehmen nach dem preuß. GB. [7]), desgleichen nach dem wirtemb. [8]), dem hannövrischen [9]); und wohl auch nach dem sächs., braunschw. und thüringischen [10]).

Wadtländ. Art. 68. Uebrigens ist die Auslegung des wirt. GBs großen Schwierigkeiten unterworfen. vgl. Hufnagel I. 270. 271. j. 660. II. 425. Strafgb. m. Anm. 119. nr. 8—12. ebenso die des sächsischen (!?). Familiendiebstahl u. dgl. ist dann oft wieder ausgenommen. s. z. B. wirt. GB. Art. 341. hess. Art. 358. ꝛc.

1) s. die ganz verschiedene Auffassung des hannövr. GBs (Art. 111. 112) bei Bauer Anm. I. 630—633. Schlüter S. 89. n. 48—50. Leonhardt I. 487—496. Breidenbach S. 462 (?). vgl. den sächs. Entw. Art. 79 (Triebfeder).

2) Hess. GB. Art. 94. 95. 97. Breidenbach S. 464—472. Bad. GB. §. 183—185. Ganz übersehen von Häberlin I. 100. In Bez. auf Hannover s. Breidenbach S. 462, dag. aber Leonhardt S. 492. 493.

3) Bauer Anm. I. 633 (A. M. Abh. II. 122—124, aus sehr schwachen Gründen, die auch Leonhardt I. 494 adoptirt).

4) Goldtammer I. 466.

5) s. daher das östr. GB. §. 263 b., der bair. Entw. Art. 90 dagegen schließt das Rückfallsverhältniß zwischen Verbrechen und Vergehen (daher kulp. Delikten) aus.

6) Rückfall zwischen dolosen und kulposen Delikten ist denn auch ausgeschlossen nach dem preuß. GB. (Goldtammer a. a. O. Beseler S. 213), dem sächs. Art. 59 (ungenau sprechen sich aus Schaffrath S. 612, Held und Siebdrat S. 114), dem wirt. (A. M. Hepp s. dagegen Hufnagel III. 171), dem hann. Art. 112, dem braunschw. §. 59, dem hess. Art. 95. nr. 3., dem bad. arg. §. 183, dem thüring. Art. 47, der oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 16 (zum Theil unrichtig ist Breidenbach 359. n. 1). vgl. sächs. Entw. Art. 79.

7) Goldtammer I. 466. Von Beseler und Temme übergangen.

8) s. zwar Hufnagel III. 171, dagegen aber Strafgb. m. Anm. S. 490.

9) Leonhardt I. 486 (daher unrichtig, was Goldtammer n. 1 sagt).

10) Da hier eben das gilt, was bei Hufnagel Strafgb. m. Anm. 490 angef. ist. A. M. Goldtammer a. a. O. s. dag. Breym. S. 220. Bem. z. §. 59.

Dagegen ist er ausdrücklich ausgeschlossen im bair., hess. u. bad. GB. und in der oldenb. VO. — Zwischen Versuch und Vollendung, Urheberschaft und Theilnahme das Rückfallsverhältniß nicht anzuerkennen, liegt auch auf dem Standpunkt der neueren Gbücher kein Grund vor [1]). Nur muß eben unter die Theilnahme nicht Andres mit eingerechnet werden [2]), was nicht dahin gehört, wie Begünstigung [3]), Mitwissenschaft. Daß dann aber Begünstigung nach bereits bestrafter Begünstigung des gleichen oder gleichartigen Verbrechens einen Rückfall bilde, versteht sich von selbst [4]). Uebrigens liegt es in der Konsequenz, Rückfall auch dann anzunehmen, wenn früher und jetzt bloß Versuch oder bloß Theilnahme, resp. früher Theilnahme und jetzt Versuch vorliegt [5]). — Natürlich ist der Begriff des Rückfalls auf Polizeiübertretungen ebenso anwendbar, wie auf kriminelle [6]). Dagegen schließen die neuen Gbücher mit Recht [7]) ausdrücklich oder stillschweigend das Rückfallsverhältniß zwischen beiderlei Arten von Delikten aus, setzen also zum kriminellen Rückfall stets eine frühere kriminelle Bestrafung voraus [8]), womit jedoch die dem wiederholten Rückfall in Polizeivergehen beigelegte Wirkung, eine Kriminalstrafe herbeizuführen, wohl vereinbar ist (sowohl bei reinen Polizeivergehen [9]), als bei solchen Delikten, die ihrer Natur nach kriminell und nur auf niederster Stufe — freilich irrational — zu Polizeivergehen gestempelt sind [10]). b) Ebenso wenig Uebereinstimmung herrscht hinsichtlich des andern Elements des Rückfallsbegriffs. In der Konsequenz der Präventionstheorie [11]) lag

1) Von der Theilnahme läugnet es nach hann. Recht Leonhardt I. 494. s. jed. n. 20. Die Beihilfe fällt weg nach dem braunschw. GB. §. 58, die öffentliche Aufforderung, soweit sie nicht als wahre Anstiftung erscheint, nach dem preuß. s. Goldtammer I. 470.

2) A. M. Bauer Abh. II. 126.

3) Unrichtig in Baiern. Anm. I. 266. 267, und Oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 3. s. dag. die übrigen Gbücher. vgl. Held und Siebdrat S. 332. Daß dagegen dem Versuch nicht auch die ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen gleichgestellt sind (wie dies allerdings in Preußen und Wirtemberg anzunehmen ist, Goldtammer I. 469. 470, Hufnagel I. 272, A. M. Hepp, ebensowohl auch in Hessen — s. übr. Breidenbach I. 2. S. 474. 475. —, in Baden, Braunschweig, Thüringen, da Versuch überall ein term. techn. ist), hat keinen befriedigenden innern Grund für sich. In Sachsen fällt diese Frage nach Art. 29 weg. In Hannover ist über Versuch und Theilnahme überhaupt nichts bestimmt. (Unklar ist Bauer Abh. II. 127).

4) s. noch bes. braunschw. GB. §. 58. Breym. S. 219. Bem. 1.

5) Breidenbach I. 2. S. 475. 476. Hufnagel I. 272 (vgl. noch I. 650. II. 532). Goldtammer I. 470.

6) s. z. B. preuß. GB. §. 336. östr. §. 263. b. wirt. Pol.strafgb. Art. 103. 104.

7) A. M. Bauer Abh. II. 113. 130.

8) s. z. B. bair. GB. Art. 111 f. wirt. Art. 124. preuß. §. 58. braunschweig. Mot. b. Breym. S. 217. 218. Breidenbach I. 2. S. 493. Anders dagegen die oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 3.

9) Wie Landstreicherei, Bettelei, hess. GB. Art. 245. 247. Anders das preuß. GB. §. 336.

10) Wie der Diebstahl, s. z. B. wirt. GB. Art. 338. hannövr. Art. 284. braunschw. §. 216. Auffallend ist indeß, daß in Braunschweig auch nach erlittener Krim.strafe die Wiederholung im geringsten Grade nur Polizeistrafe nach sich ziehen soll. Mot. bei Breym. S. 217. 218.

11) Abegg N. Arch. 1834. S. 432 ff. weiß es auch mit dem Prinzip der Gerechtigkeit zu vereinigen. s. dagegen Breidenbach S. 455. n. 10. vgl. besonders Bauer Abh. II. 107—112.

es, vollständiges Erstandensein der früheren Strafe zu verlangen, wie dies auch das bair. GB. Art. 111 fordert [1]), wogegen auffallender Weise der code pén. die Verurtheilung, und zwar selbst eine Verurtheilung, die der Thäter gar nicht erfuhr (wenn sie unwiderruflich wird), genügen läßt [2]). Indessen ist das franz. Recht weiterhin konsequent, indem es auch bei Begnadigung und Verjährung (der Strafe) Rückfall annimmt, während das bair. GB. die entgegengesetzte Folgerung ziehen mußte. Allein schon die offiz. Anmerk. brachen hier wieder die Konsequenz [3]), indem sie zum Mindesten schon eine theilweise Erstehung der Strafe genügen ließen, ja sogar bei gänzlicher Begnadigung gleichwohl Rückfall annahmen [4]). Indessen hielt sich die Praxis an das Gesetz und sah die Wiederholung, wenn die frühere Strafe gar nicht oder nur zum Theil erstanden war, nicht als Rückfall an [5]). Von den neueren Gbüchern lassen diejenigen, welche zum Rückfall Verbüßung der vorigen Strafe fordern, (ganz inkonsequent) auch die theilweise Verbüßung genügen [6]). Bei theilweiser Begnadigung nehmen sie Rückfall an, nicht aber bei gänzlicher. Konsequenter Weise sollten diejenigen darunter, welche eine Strafverjährung kennen, auch durch diese den Rückfall nicht ausschließen lassen; s. jedoch §. 131. n. 5 [7]). Das östr. GB. fordert gänzliche Verbüßung der ersten Strafe, und nimmt, wenn das frühere Delikt auf andre Weise getilgt wurde, gar keinen Erschwerungsgrund an [8]). Dagegen lassen die übrigen neuen Gbücher rechtskräftige Verurtheilung hinreichen, um einen Rückfall zu begründen [9]). Dabei setzen das wirt. u. bad. GB. voraus, daß das Urtheil verkündet und rechtskräftig geworden sei [10]), wogegen nach preuß. Recht in gewissen Fällen die gesetzliche Präsumtion der Verkündung genügt [11]). Die Konsequenz dieser Auffassung ist, daß Begnadigung und Strafverjährung den Rückfall

---

1) Art. 114 bildet keine wahre Ausnahme, wie Breidenbach eb. n. 11 meint. s. auch preuß. LR. §. 1159—1162. VO. 26. Febr. 1799. §. 11—13.

2) A. M. Abegg a. a. O. S. 440. s. dagegen Hélie I. 409 sq. (der freilich sehr inkonsequent argumentirt). Sirey jurisprud. v. récidive nr. 43. v. prescription nr. 137. 147.

3) A. M. Bauer a. a. O. Abegg S. 442 ff. Die frühere Praxis war freilich an vielen Orten dafür, daß eine theilweise Strafverbüßung genüge; so z. B. in Wirtemb. vgl. v. Bothmer in Hitzigs Annal. H. 19. S. 17. 45.

4) A. M. Abegg S. 440. 441. s. aber die Anm. I. 265. v. Schelhaß N. Arch. II. 583. n. 7. Freilich widersprechen die Anm. nicht nur dem Gesetz, sondern auch sich selbst. vgl. noch Blätter für Rechtsanwend. VII. 168 ff. Plochmann Begnad.recht S. 79. n. 13.

5) Arnold N. Arch. 1844. S. 198—200. 208. 209.

6) sächs. GB. Art. 58. hann. Art. 111. braunschw. §. 58. thüring. Art. 46. hess. Art. 95 (Breidenbach I. 2. S. 454—457).

7) Anders natürlich in Hannover, wo die Strafverjährung nicht gilt. Unbegreiflich ist aber, wie Leonhardt I. 485 ein verjährtes Verbrechen, das also gar nicht konstatirt ist, als Erschwerungsgrund prädiziren mag, ebenso Schlüter S. 72. n. 39. s. übrigens Leonhardt selbst S. 398 n. 2!

8) Hye S. 465—467.

9) wirt. GB. Art. 124. bad. §. 184. preuß. §. 58. bair. Entw. Art. 90. s. übrigens Goldtammer I. 468 oben. Verkehrt ist das Urtheil bei Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 16 (nach Hepp).

10) Hufnagel III. 159—169.

11) Goldtammer I. 464. 469.

nicht ausschließt; ersteres wird nun zwar zugegeben [1]), letzteres aber nicht [2]), sofern die Strafverjährungsfrist selbst, resp. wenigstens der Ablauf einer gewissen Frist seit Verbüßung (oder Erlassung) der Strafe den Rückfall ausschließt. — Eine weitere Verschiedenheit findet insofern statt, als einige Gbücher nur dann Rückfall annehmen, wenn das frühere Erkenntniß von einem inländischen Gerichte gefällt war [3]), andre auch dann, wenn es von einem ausländischen ergieng [4]). Ein Recht, das frühere Erkenntniß zu prüfen, ist dem Richter nur in Baden (§. 186) eingeräumt [5]). — c) In der rechtlichen Behandlung des Rückfalls [6]) ist nun allerdings die neuere Gesetzgebung allgemein von dem Systeme des bairischen abgegangen. Allein es wird ihm immer noch [7]) mehr oder weniger ein viel zu hohes Gewicht als Schärfungsgrund eingeräumt. So besonders in der oldenb. VO. 3. Juli 1832, wornach schon beim ersten Rückfall die Strafe verdoppelt, resp. um den Betrag der Vorstrafe erhöht, überhaupt aber wegen Rückfalls in die nächst höhere Strafart (selbst bis zu ihrem Maximum) übergegangen werden darf [8]). Auch das wirt. u. hannövr. GB. gestatten nöthigenfalls den Uebergang in die nächst höhere Strafart, selbst bis zu lebensl. Freiheitsstrafe [9]), wogegen zur Todesstrafe nicht übergegangen werden soll. Keine Ausnahme von dieser Beschränkung macht das wirt. GB. [10]), auch darf nach diesem wegen Rückfalls nicht von nichtentehrender zu entehrender Strafart übergegangen werden [11]). Dagegen läßt das sächs. GB. eine Erhöhung der neuen

---

1) Hufnagel I. 274. Goldtammer I. 468. Temme Glossen S. 132.

2) s. oben §. 131. Anm. 5. Eine praktische Frage ist hiebei, wann die Frist zu laufen beginne, wenn die Strafe eine wegen Konkurrenz verhängte Gesammtstrafe ist? vgl. überhaupt Hufnagel I. 272—274. 636. Note. 651—657. II. 532—536. III. 139. 647. Strafgb. m. Anm. S. 120. not. 8. S. 499. Held und Siebdrat S. 113 (?).

3) wirt. GB. Art. 124. s. jed. S. 3. preuß. §. 58. vgl. Hélie I. 430. Goldtammer I. 465. 468. IX. Hufnagel I. 650. II. 532. vgl. jedoch den Strafgb. m. Anm. S. 118. not. 2 angef. Fall.

4) Originell ist das hess. GB. Art. 96 (!) Ueber Sachsen s. v. Hartitzsch S. 116. Held und Siebdrat S. 113.

5) vgl. übr. braunschw. GB. §. 58 (?). Breym. S. 217. 219. Bem. 2. Breidenbach I. 2. S. 451—454. A. M. Mittermaier §. 132 a. n. 22. s. übrigens auch Krug Stud. I. 112. Schüler Beitr. S. 44. v. Hartitzsch S. 116. Schaffrath S. 611 und dag. Weiß S. 253.

6) Die Darstellung b. Mittermaier n. 14 ist nicht genau, u. die Urtheile zum Theil schief.

7) Ausgenommen das östr. GB. u. den bair. Entw.

8) Namentlich sind auch die Beschränkungen der Begnadigung (Strafgb. Art. 16) im §. 15 beibehalten. Den wunderlichsten Kontrast bildet der §. 16.

9) Unter erschwerenden Umständen (Hannover); unter viel strengeren Bedingungen Wirtemb.

10) Wohl aber das hannövrische. s. Art. 183. X. 234.

11) Hiernach ist es ungerecht, wenn Breidenbach, Mittermaier ꝛc. das wirt. GB. einer besonderen Strenge beschuldigen. s. dag. Leonhardt I. 500. 501. 504 oben. Die verwerflichen besonderen Bestimmungen über den Diebstahlsrückfall fielen i. J. 1849 ohnedies weg. vgl. auch Bauer Abh. II. 155 ff., der sich von dieser Auffassungsweise nicht losmachen konnte, wie denn auch Mittermaier trotz des Tadels, den er spendet, im §. 132 a. sich auf denselben Standpunkt stellt. Das zürch. GB. §. 77 läßt Erhöhung der Strafe auf's Doppelte mit Uebergang in die höhere Strafart (ausgen. die Todesstrafe) zu. vgl. jed. §. 79.

Strafe über das doppelte Strafmaß, und bei Zuchthaus und Arbeitshaus über 20, resp. 10 J nicht zu, gestattet auch nicht den Uebergang zur höheren Strafart, außer von Gefängniß zu Arbeitshaus, auch hier jedoch nur dann, wenn das Verbrechen im höheren Grade mit Arbeitshaus bedroht ist. Nach erfolgter Verdopplung kann bei mehrfachem Rückfall auf die gesetzlichen Strafschärfungen erkannt werden [1]). Ebenso das thüringische. Nach dem bad. GB. §. 187—189 kann die neue Strafe beim ersten Rückfall um die Hälfte, bei jedem ferneren je um 1/4 erhöht werden, nöthigenfalls unter Ueberschreitung der ordentlichen höchsten Dauer der Strafart (aber ohne Uebergang in die höhere); nie darf jedoch der Zusatz die Größe der Vorstrafe, und bei ferneren Rückfällen die der Vorstrafen zusammengenommen übersteigen [2]) (?). Auch das braunschw. GB. läßt den Uebergang in die höhere Strafart nicht zu, gestattet dagegen, bis auf die längste außerordentliche Dauer der Strafart zu erkennen [3]). Das preuß. verbietet jenen Uebergang gleichfalls und läßt deshalb Erhöhung der Gef.strafe bis auf 5 Jahre zu [4]). Es gestattet aber nie Erhöhung der neuen Strafe über die Hälfte des Maximums [5]) und bei zeitlichen Freiheitsstrafen keinesfalls über 20 J.; — bei Uebertretungen nicht einmal über das Maximum hinaus (§. 336). Noch mehr zeichnet sich durch Milde das hess. GB. aus [6]), welches nur vom zweiten Rückfall an das Maximum der gesetzlich vorgeschriebenen Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe um höchstens 1/4 erhöhen läßt, und auch dies nur im Betrag eines Jahrs und ohne Ueberschreitung der längsten ordentlichen Dauer der Strafart. Der zugelassene Uebergang von Gefängniß zu Korrektionshaus vom zweiten, resp. dritten Rückfall an ist nur ein Nothbehelf wegen des geringen Maximums der Gefängnißstrafe [7]).

d) Mehrere der neuen Gesetzgebungen führen insbesondere noch die bei Ausmessung der Rückfallsstrafe zu beobachtenden eigenthümlichen Rücksichten auf [8]). Gerechtfertigt erscheinen: die Zahl und Größe der vorangegangenen Strafen, der längere oder kürzere Zwischenraum zwischen der letzten und der neuen Uebertretung, der größere oder geringere Umfang, in welchem die Vorstrafen wirklich zum

---

1) Weiß S. 248—255. Groß I. 124. 125. Krug Stud. I. 110—123. Schaffrath S. 610. Held u. Siebdrat S. 113. 114. s. jed. Forststrafgesetz. 1838. §. 8. Ohne Grund halten sich einige Gerichte an die vom GB. keineswegs vorgeschriebenen monatlichen Fristen, was der Entw. Art. 78 mit Recht in Wegfall bringt. Auch im sächs. GB. kommen im bes. Theil eigene Bestimmungen vor, doch nicht so stark exzeptionelle, wie im wirt. s. 165. 298. 299. 306 u. bes. 240 (vgl. N. Jahrb. II. 100 f. 359. 360).

2) Thilo S. 201—205.

3) s. dag. Breidenbach I. 2. S. 485—487. Dem Prinzip des Gbs widersprechend ist der S. 3 des §. 58 (Breym. S. 218. 219. Bem. 7). Bauer Abh. II. 155. not. a.

4) Besondere Bestimmungen s. in §. 118. 219. 240. 267 (202).

5) s. jed. das Preßges. 12. Mai 1851. §. 40. 42. 43. 45. 46. 54. Das wadtl. GB. Art. 69 läßt Erhöhung auf's Dreifache zu, setzt jedoch gleichfalls absolute Grenzen (vgl. Art. 311).

6) Art. 99—101. Besondere Bestimmungen s. in Art. 245. 247. 250. 348. 350. 373. 374. 396. 432.

7) Breidenbach I. 2. S. 487—489.

8) Wirt. Art. 127. Hann. Art. 113. 114 (Leonhardt I. 502—504). Hess. Art. 99. Bad. §. 151. nr. 4. Thüring. Art. 46. Zürch. §. 78. vgl. Weiß S. 251. nr. 9. Bauer Abh. II. 152—155.

Vollzug gekommen ſind, dagegen nicht der immoraliſche Lebenswandel überhaupt, die Stärke des beſondern laſterhaften Hangs u. dgl. [1]).

Drittes Kapitel.

Die Begnadigung.

§. 143.

Die im Bisherigen aufgewieſene Endlichkeit der geſetzgebenden und der richterlichen Gewalt ſetzt die Nothwendigkeit einer dritten, ſie zur Einheit vermittelnden Gewalt, deren Beſtimmung es iſt, eben in den Fällen, wo jene Endlichkeit unvermeidlich hervortritt, in's Mittel zu treten und die der Eigenthümlichkeit des Falls unangemeſſene Strafe des Geſetzes aufzuheben, resp. aus Gründen, welche über die Sphäre des richterlichen Strafänderungsrechts hinausliegen, zu mildern. Dieſer Akt, die Begnadigung, zeigt ſich wirklich als die wahre Vermittlung der geſetzgebenden und der vollziehenden Gewalt, ſofern ſie einerſeits in der Entſcheidung eines einzelnen Falls eine vollziehende, andrerſeits in der Aufhebung oder Aenderung des Geſetzes eine geſetzgebende Thätigkeit iſt. Das Recht dazu kann eben deshalb nur derjenigen Staatsgewalt zuſtehen, deren ſpezifiſche Natur es iſt, die vermittelnde Einheit der beſondern Staatsgewalten darzuſtellen, d. h. der im Staatsoberhaupt repräſentirten Centralgewalt [2]).

§. 144.

Die Begnadigung drückt daher ſchon in ihrer reinrechtlichen Funktion nur die das Geſetz in ſeiner Wahrheit verklärende Idee

---

1) So Bauer a. a. O., vgl. hannövr., heſſ., bad. GB.

2) Literatur b. Pütter Liter. d. Staatsrechts III. §. 1284. u. Klüber Fortſetz. S. 411 ff. Kant Metaph. Anf.gründe d. Rechtslehre 1797. S. 206. Bergk Ueberſ. v. Beccaria I. 208 ff. Obmeyer von d. Begnad.recht d. Reg. 1799. Salchow üb. d. Begnad.recht d. Reg. 1802. (Bayl) Alt. Arch. VI. 3. S. 87 f. Klein eb. VI. 4. S. 1 f. Oerſted Grundreg. S. 453 f. Bayl Beitr. z. Krim.R. I. 122 f. Vollgraff verm. Abh. II. nr. 4. Staiger vermiſchte Aufſätze nr. 5. G. L. Böhmer Auserl. Rechtsfälle II. 2. nr. 142. Buma de j. gratiae 1823. Dompière examen du droit de grace 1828. Decandolle sur le droit de grace 1829. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 207. Spangenberg im N. Arch. XIII. 355 f. u. in Hagemann's prakt. Erört. IX. 429 f. X. 137 f. Roßhirt Entw. §. 70 f. Mittermaier Fortbildung I. 300 f. u. Vier Abhandl. S. 7 ff. Zirkler in Weiske's Rechtsler. I. 791 ff. Welcker im Staatsler. II. 329 f. Plochmann das Begnad.recht. 1845. Wirth Ethik II. 181—183. 319. Suringar quatenus delinquenti lic. gratiam recusare. 1845. Kirſten Abh. aus d. Gebiete d. Strafr. 1846. S. 68 ff.

der Gerechtigkeit selbst aus. Sie soll das Gesetz in allen denjenigen Fällen ergänzen, in welchen seine Strenge dem Zwecke der Gerechtigkeit widersprechen würde. Ist nun aber der Zweck der Gerechtigkeit überhaupt der, das Besondere in seinem richtigen Verhältniß zum Ganzen festzuhalten und, wenn es sich daraus losgerissen hat, wieder darein zu setzen, so ergeben sich hieraus drei mögliche Fälle der Begnadigung: a) Es kann der Fall eintreten, daß die Vollstreckung der an sich gerechten Strafe dem höheren Zwecke der organischen Erhaltung des Ganzen widerspräche, — dann nämlich, wenn eine negative Krisis sich der großen Masse bemächtigt hat, deren unnachsichtliche Bestrafung den Staat, anstatt ihn aus der Krisis herzustellen, in neue Gefahr bringen würde; b) Es kann der Fall sein, daß die konkrete Gestaltung des Verbrechens (z. B. bei Räuberbanden) dem Staate schon die Aufsuchung und Ergreifung der Schuldigen so erschwert, daß es rathsam erscheint, einen großen Zeit-, Arbeits- und vielleicht Menschenverlust zu sparen, und den Zweck der Unterwerfung durch eine in Aussicht gestellte Begnadigung zu verfolgen, welche bewirkt, daß die Schuldigen einander verrathen; c) Abgesehen von solchen Fällen der Kollision des strengen Rechts mit dem Wohle des Ganzen kann die Individualität einer Gesetzesübertretung so geartet sein, daß wegen außerordentlicher Umstände ein vom Gesetz nicht verhergesehener Milderungsgrund eintritt, vermöge dessen die Schuld gegenüber dem vom Gesetz vorausgesetzten Durchschnittsmaß so herabsinkt, daß die Strafe noch in ihrem niedrigsten gesetzlichen Grade, resp. alle Strafe als ungerecht erscheinen müßte. Das richtige Verhältniß zwischen den Staatsgewalten verlangt jedoch, daß eben nur die außerordentlichen Fälle, d. h. diejenigen der Begnadigung vorbehalten werden, welche bei der Festsetzung des gesetzlichen Strafminimums nicht beachtet werden dürfen, um das Gesetz nicht unbestimmt zu machen, und welche auch nicht durch das gesetzliche Strafmilderungsrecht vorgesehen werden können, sofern sich dieses auf bestimmt fixirbare, konstant sich wiederholende Verhältnisse beschränken muß. Andrerseits widerspricht jenem Verhältnisse eine gänzliche oder theilweise Delegation des Begnadigungsrechts an die richterliche Gewalt.

§. 145.

Der Begriff der Begnadigung erschöpft sich jedoch nicht auf dem reinrechtlichen Standpunkte. Wäre sie nur das Mittel, für außerordentliche Fälle die von der Gesetzgebung vermöge ihrer Endlichkeit nicht erzielbare vollkommen angemessene Vergeltung herbeizuführen, so müßte ihr auch ein Recht des Staatsoberhaupts, in solchen Fällen

die der gesteigerten Strafbarkeit nicht gemäße gesetzliche Strafe zu schärfen, entsprechen. In der That wäre aber so die Gnade nichts Spezifisches, sondern stünde mit der Gesetzgebung und Rechtspflege auf gleichem Boden, von denen sie sich nur quantitativ unterschiede. Soll sie aber deren wahre höhere Einheit sein, so muß sich in ihr zugleich ein höherer, über den der abstraktrechtlichen Vergeltung hinausgreifender sittlicher Standpunkt, der absolut sittliche, geltend machen. Diesem entspricht es, bei der Beurtheilung einer Gesetzesübertretung nicht bei dem objektivsittlichen (rechtlichen) Maßstab der Schuld stehen zu bleiben, sondern mit der bestimmten Handlung zugleich die gesammte Subjektivität zu würdigen und die unendlichen Modifikationen des Sittlichen, welche durch Rechtsnormen ihrem Wesen nach nie erschöpft werden können, noch dürfen, zu ihrem Recht kommen zu lassen. Von diesem höheren sittlichen Standpunkte aus hat nun die Gnade von vornherein gar nicht mehr die Bedeutung einer bloßen Herstellung der vollkommen adäquaten rechtlichen Vergeltung; es fällt daher der ganze Grund für ein analoges Schärfungsrecht hinweg, in welchem ein schlechthin unzuläßiger Eingriff der Centralgewalt in das Gebiet der gesetzgebenden läge. Die höhere Gerechtigkeit aber, welcher die Gnade zum Organ dient, kann sich eben nicht mit dem Strafen, welches reine Rechtssache ist, befassen, sondern nur die Ausgleichung der Kollision des strengen Rechts mit dem Prinzip der Humanität, daher nur Milderung oder Nachlaß der Strafe zur Aufgabe haben.

§. 146.

Eben um dieser höheren Aufgabe willen empfindet der objektive Gang des Staatslebens die Nöthigung, sich aus sich selbst heraus und in das Medium der subjektiven Sittlichkeit zurückzubewegen, damit die in den objektiven Formen nicht zu realisirende höhere Gerechtigkeit aus dem Gewissen des höchsten Willens hervorgehe. In dieser höchsten Macht des Staatsoberhaupts liegt auch ihre ungeheure Verantwortlichkeit, die an kein Gesetz gebunden sein kann, da ja eben in dem Gewissen des Regenten die Endlichkeit des Gesetzes ihre höhere Ergänzung finden soll.

§. 147.

Die Begnadigung kann eben deshalb auch an keine Zeit gebunden sein. In den Fällen a. u. b. §. 144 namentlich wird sie in der Regel schon vor der Untersuchung, resp. dem Urtheil eintreten müssen (Abolition, Amnestie). Je mehr aber freilich in der Form der Abolition die Begnadigung dem Mißbrauch ausgesetzt ist, um so mehr rechtfer-

tigt es sich, sie in dieser Gestalt mit besonders schützenden Formen zu umgeben, und im Falle c) sie nur nach erfolgtem Urtheil, resp. während des Strafvollzugs oder nach Beendigung desselben eintreten zu lassen (Begnadigung im e. S., Restitution).

§. 148.

Die Begnadigung im e. S. ist bei allen Verbrechen möglich, weil der Grund, der sie hervorruft, bei keinem ausgeschlossen ist; und sie kann sich auf alle strafrechtlichen Folgen des Verbrechens erstrecken, weil nach innerer Aufhebung des letzteren (welche eben bei der Begnadigung vorausgesetzt wird) die Fortdauer der äußeren Strafe als wesen- und zwecklos erscheint. Eine Beschränkung des Begnadigungsrechts rechtfertigt sich — aus Gründen, die im Organismus der Strafverfassung liegen, — nur in Beziehung auf Dienstverbrechen der Staatsdiener oder Verfassungsverletzungen. Endlich folgt aus dem Wesen der Begnadigung als eines Akts lauterer Gerechtigkeit, daß ihre Ausführung nicht von der Einwilligung des Angeschuldigten abhängig sei. N. Rev. §. 215. 218—221.

1) Das römische Recht kannte zur Zeit der Republik [1]) die Abolition nur in der Form der Amnestie vor Eröffnung des Prozesses (Intercession bewirkte nur Aufschub), die Begnadigung im e. S. nur in der Form der vom Volk in Gesetzform erlassenen, alle Rechte wiederherstellenden restitutio damnatorum (die sich nur auf die Strafe des Exils bezog). Was die Kaiserzeit betrifft, so war es eine große Verwirrung, wenn man früher das prozessualische Institut der abolitio mit der Begnadigung vermengte und verwechselte [2]). Indessen konnte auch infolge einer abolitio publica oder ex lege allerdings eine Abolition im modernen Sinne dann hervorgehen, wenn nach abgelaufener Frist die Anklage nicht binnen 30 Tagen erneuert wurde [3]). Die eigentliche Begnadigung aber, die nur vom Kaiser ausgehen konnte [4]), kam sowohl als Abolition (indulgentia, venia, intercessio) [5]), resp. Amnestie, Niederschlagung aller Untersuchungen (indulgentia generalis) [6]),

---

1) Rein S. 264—268. Geib Gesch. d. röm. Krim.proz. S. 151. 152. 385. 386. Plochmann S. 16—18.

2) s. dag. Hermann de abolitione crim. 1834 (vgl. übr. Brissonius de V. S. v. abolitio. Matthaeus 48, 19. c. 6. Püttmann adversar. I. c. 15. Engau de abolit. Seger de abol. vet. et hod. u. A.), und nach ihm Geib S. 572 f. 585 f. Rein S. 273—276. Plochmann S. 12—16.

3) L. 3 §. 4 D. de accus. (48. 2). l. 10 §. 2. l. 15 §. 6 D. ad Sct. Turp. (48. 16). l. 1. 2 C. de gen. abol. (9. 43). Dies übersieht Marezoll S. 212. n. 3.

4) l. 1 §. 27 D. de quaest. (48. 18). l. 4. 9 §. 11. l. 27 pr. l. 31 pr. D. de poen. (48. 19).

5) L. 14 §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 9 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). l. 7 C. de prec. imp. offer. (1. 19).

6) L. 1. 2. 12 C. Th. de indulg. crim. (9. 38); die Prozesse wegen schwererer Verbrechen wurden nach und nach ausgenommen, wie auch bei der abol. publ. l. 3—8 C. Th. eod.

wie als Begnadigung im e. S. vor [1]), und letztere wieder theils vor dem Strafvollzug [2]), theils während desſelben oder nach demſelben (als in integr. restit.) [3]), als Begnadigung Einzelner, wie als allgemeine oder auf gewiſſe Verbrechen beſchränkte Amneſtie [4]). Die Wirkung der Begnadigung im e. S. galt, ſofern ſie einen Einzelnen betraf (indulg. specialis, restitutio), in der Regel als eine vollſtändige, d. h. ſie ſtellte alle politiſchen und bürgerlichen Rechte wieder her, namentlich auch Familien- [5]), Patronatsrechte, testamentifactio, Fähigkeit zu Ehrenſtellen ꝛc. [6]). Nur wenn zugleich restitutio in bona ſtattfinden ſollte, mußte dies beſonders ausgeſprochen ſein [7]). Indeſſen gab es gewiſſe Verbrechen, bei welchen die Reſtitution überhaupt [8]), andre, bei welchen mindeſtens die restitutio famae ausgeſchloſſen ſein ſollte [9]). Letzteres fand überhaupt in der Regel bei einer indulg. generalis ſtatt [10]). — Im germaniſchen Rechte finden ſich wohl einzelne Spuren der Begnadigung [11]), jedoch ſelten, da ſie mit dem Kompoſitionsſyſtem unvereinbar war und eine Entwicklung der königlichen Gewalt vorausſetzte, wie ſie nicht bei allen Stämmen eintrat. Auch im MA. wird ſie ſelten erwähnt, was ſich aus der eigenthümlichen Geſtaltung des Gerichtsweſens in der Feudalverfaſſung, wodurch es immer mehr dem unmittelbaren Einfluß der königlichen Gewalt entrückt wurde, aus dem Rückfall des Strafrechts in Fehde und Kompoſitionsrecht und andern Gründen erklärt, welche eine geregelte Entwicklung jenes Rechts verhinderten [12]) und derſelben andre, ſehr mangelhafte

---

1) vgl. übr. das Sctm unter Tiber (Tac. Ann. III. 51. Sueton. Tib. 75) mit l. 5 C. de cust. reor. (9. 4). l. 18 C. de poen. (9. 47).

2) L. 1 §. 27 D. de quaestion. (48. 18). l. 3. 4 C. de his qui sibi (9. 23).

3) l. 1 C. de sent. pass. (9. 51). — Matthaeus l. c. Rein S. 268—273. Geib S. 570. 571. 672—675. Marezoll bürg. Ehre S. 78 f. 261 f.

4) L. 10 C. Th. de indulg. (9. 38). l. 7 C. de sent. pass. (9. 51). Sozomen. I. 8. Die Behauptung von Gans Erbrecht III. 11—14, welche Geib eine leere Künſtelei nennt, hat jedenfalls damit Recht, daß die restit. damnat. unter der Republik nicht unter den Begriff der Gnade in ſeinem wahren Sinne fällt, welchem aber freilich auch die Begnadigungen Seitens der Kaiſer, der chriſtlichen wie der heidniſchen, zum öfteſten nicht entſprachen. ſ. übr. auch Plochmann S. 44. 45. 65.

5) ſ. zwar l. 6. 9 C. de sent. pass. (9. 51), dag. aber l. 13 eod. §. 1 J. quib. mod. j. patr. pot. (I. 12).

6) L. 1. 4 D. de sent. pass. (48. 23). l. 6 §. 12 D. de injusto test. (28. 3). l. 3 §. 7 D. de bon. libert. (38. 2). l. 21 pr. D. de jure patron. (37. 14). l. 11 D. de alim. leg. (34. 1). l. 3 §. 2 D. de muner. et honor. (50. 4). l. 1. 11—13 C. de sent. pass. (9. 51). l. 24 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

7) L. 2. 3 D. de sent. pass. (48. 23). l. 2. 3 C. eod. (9. 51). l. 4 C. de bon. proscr. (9. 49).

8) L. 14 §. 3 C. de sacrosanct. eccl. (1. 2). l. 14 C. de episc. (1. 3). l. un. C. de Nili agger. (9. 38).

9) L. 33 C. de decurion. (10. 31). l. 15 C. de appellat. (7. 62).

10) L. 3 C. de gener. abol. (9. 43). l. 7 C. de sent. pass. (9. 51). Plochmann S. 18—25 behauptet die beſchränkte Wirkung überhaupt von der indulgentia (auch der spec.) im Gegenſatz der restitutio.

11) ſ. z. B. L. Wisig. VI, 1, 7. und Stellen in den Kapitularien. ſ. z. B. Cap. I. 809. c. 1 (P. I. 155). Beiſp. bei Plochmann S. 26. Ergänzend trat in gewiſſem Sinne das kirchliche Aſylrecht ein. Wilda S. 537—543.

12) Charakteriſtiſch iſt namentlich die Beſtimmung, daß der Kaiſer nicht begnadigen ſoll ohne Zuſtimmung des Richters und des Verletzten. RA. von Nürnberg 1187.

Mittel, die Härte des formellen Rechts abzuwenden [1]), substituirten. Erst mit der Aufnahme des römischen Rechts und der Entwicklung der Landeshoheit [2]) tritt es unter den Rechten, welche letztere ansprach, bestimmter hervor und wird seitdem [3]) als ein wesentlicher Bestandtheil der wahren Kriminalhoheit betrachtet, sowohl in der Form der Begnadigung im e. S., als der Abolition [4]). Ueber das neuere Recht s. unten.

2) Das Begnadigungsrecht wurde in der letzten Hälfte des vor. Jhs einer strengen Kritik unterworfen, die insofern allerdings relativ berechtigt war, als die faktische Ausübung dieses Rechts nur zu oft seiner Idee keineswegs entsprach [5]), diese faktische Ausübung desselben als eines reinen Ausflusses der Willkühr aber auch in der Doktrin Vertheidigung fand. Ausgehend nämlich von der an sich richtigen Eintheilung der Strafmilderung in mitigatio ex capite justitiae und ex capite gratiae [6]) faßte man die letztere als abstrakten Gegensatz der ersteren auf und definirte sie daher als eine Maßregel, die schlechthin auf keiner rechtlichen Nöthigung beruhe, sondern lediglich von der Willkühr des Regenten abhänge. Jedenfalls war diese Ansicht gegenüber derjenigen im Recht, welche beide Arten von mitigatio innerlich nicht unterscheidet, sondern das richterliche Milderungsrecht nur als theilweise delegirtes Begnadigungsrecht ansieht [7]). Aber Unrecht hatte sie, wenn sie den Gegensatz zwischen abstraktem Recht und Gnade zum Gegensatz von Recht überhaupt und Willkühr machte, indem sie nicht begriff, daß in der Gnade selbst ein höheres Recht sich Bahn bricht. Ueberdies mußte sie, um nur überhaupt zur Möglichkeit eines Begnadigungsrechts zu gelangen, von der ganz falschen Voraussetzung ausgehen, daß dieses Recht dieselbe Staatsgewalt zur Quelle habe, wie das Recht der Strafgesetzgebung, indem man die Begnadigung als eine constitutio personalis ansah [8]); und natürlich war es von diesem Stand-

---

1) Pacificatio faidae, Lösung um Geld u. dgl. Plochmann sucht den Grund der Seltenheit der Begnadigung im Anklageprozeß und der Schöffenverfassung (?). S. 30. 31.

2) Sehr mangelhafte Vorstellungen über die Entstehung des Begnad.rechts in Deutschland s. noch bei Kleinschrod II. §. 108 nach Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 28.

3) s. z. B. RA. z. Speyer 1526 §. 6. 8. 1529 §. 6. Carpzov qu. 150 u. die bei Plochmann S. 34 angef. Diss.

4) Zachariä deutsch. Staatsrecht II. 209—216.

5) Die Klagen der Wirt. Stände i. J. 1514 (Sattler Herzoge I. 161) waren hier und anderwärts zu allen Zeiten mehr oder weniger gegründet.

6) Heisler de justis poenam mitig. caus. §. 11.

7) Dieser Ansicht huldigten faktisch fast alle Aelteren, indem sie Gründe, welche nur die Begnadigung beachten kann, zu Strafmilderungsgründen stempelten, wie sie umgekehrt in den Begriff der Begnadigung den der Milderung aus Rechtsgründen aufnahmen. Unrecht hat aber Berner Theilnahme S. 135. 136, wenn er diesen Fehler als auch jetzt noch herrschend bezeichnet, und besonders, wenn er Michelet Moral S. 92 desselben anklagt, da dieser vielmehr gerade das Richtige sagt und sich nur nicht genau ausdrückt. vgl. Plochmann S. 35—37.

8) s. bes. Kleinschrod II. §. 108—111 (namentlich S. 284 Note), der aber gleichwohl hinterher die Begnadigung wieder einigermaßen zu einer „Justizsache" zu machen versucht. s. auch Carpzov qu. 150. n. 16. Clasen de jure aggrat. 1660. c. 6. Theoretisch war dies auch die Ansicht aller Aelteren. s. auch wieder Plochmann S. 40—42 (dem der Begriff der Centralgewalt fehlt). s. dag. Roßhirt S. 430. Zirkler im Rechtslex. I. 809.

punkte aus ebenso leicht, das Begnadigungsrecht zu verwerfen [1]), als es anzuerkennen [2]), je nachdem man es als mit dem Zweck der Strafgesetzgebung (Sicherung der Rechtsordnung) für verträglich erklärte oder nicht. Auf diesem Standpunkt polemisirte denn auch Kant gegen jenes Recht, das er als einen bloßen Akt höchster Willkühr ansah und theils mit dem Recht des Verletzten auf Genugthuung [3]), theils mit der Sicherheit der Rechtsordnung für unvereinbar hielt, welche beiden Gesichtspunkte freilich an sich unberechtigte sind. Ebenso wurde dagegen ganz mit Recht [4]) eingewendet [5]), die fragliche Auffassung des Begnadigungsrechts beruhe auf der falschen Voraussetzung, daß die Strafgesetze ihren Ursprung bloß im Willen des Regenten haben, sie gebe das kostbarste Interesse der Gesellschaft der Laune Preis, führe zur Ungerechtigkeit wegen der Unvermeidlichkeit der (auf Laune beruhenden) ungleichen Ausübung, gefährde die Rechtssicherheit und schwäche die Achtung vor der Rechtspflege [6]). Indessen machte schon Kant selbst eine Ausnahme für einen Fall, der unter §. 144 a. gehört [7]). Darin folgte ihm Feuerbach, der noch den Fall §. 144 b. und den weiteren beifügt, wenn es sich darum handle, einen Widerspruch des förmlichen Rechts mit dem materiellen auszugleichen [8]) (womit er namentlich die Korrektion einer veralteten Gesetzgebung meint) [9]). Faßt man das letzte Moment sowohl allgemeiner als bestimmter, wie in §. 144 c. geschehen ist [10]), so hat man allerdings

1) Bayl A. Arch. VI. 3. S. 89—93. s. übr. Beitr. I. 142—144.

2) Kleinschrod a. a. O. Klein A. Arch. VI. 4. S. 19—22. Tittmann Grundlinien §. 59. Martin §. 103. Marezoll S. 210 (?). Trummer a. a. O. wird von Plochmann unrichtig mit Klein zusammengestellt.

3) Daher läßt er beim crimen laesae maj. die Begnadigung zu (soweit sie mit der Sicherheit des Staats verträglich sei); ebenso Tieftrunk philos. Unters. üb. d. Priv. u. öff. R. II. 477. Bergk a. a. O. Mit Recht wird jedoch im A. Arch. VI. 3. S. 98. 99 dagegen bemerkt, daß auf diesem Standpunkt die Erlassung der Strafe nicht als Akt eines Majestätsrechts (Begnadigung), sondern nur als gemeine remissio injuriae erscheine.

4) Daher ist N. Rev. S. 922 zu viel gesagt. s. auch Oersted S. 454. 455.

5) Beccaria §. 46. Pastoret loix pénales I. c. 4. Filangieri IV. c. 57. Servin législat. crim. übers. v. Gruner S. 125. Salchow a. a. O. Dompière l. c. vgl. Lacuisine administr. de la just. crim. p. 141 sq.

6) In Wahrheit treffen diese Vorwürfe allerdings nur den Mißbrauch u. die falsche Auffassung des Begnad.rechts, sind aber unter allen Umständen sehr zu beherzigen, da die Mittel, den Mißbrauch zu hindern, sehr prekär sind. Stübel Krim. Verf. III. §. 1385—1390.

7) Metaph. Anfangsgr. S. 201. 202, ebenso Filangieri l. c., der sogar bei großen Verdiensten des Verbrechers um den Staat Gnade zulassen will, wie auch Kleinschrod II. §. 110.

8) Lb. §. 63. Kleinschrod §. 110.

9) vgl. Zirkler in Weiske's Rechtslex. I. 802. Mittermaier n. 2. z. F. §. 63. s. jed. Marezoll S. 212. n. 2. Plochmann S. 58. 59.

10) s. auch Grolman §. 101. Henke I. 571—574 (welche das Recht ohne Grund auf Strafmilderung beschränken). Tittmann Hdb. §. 62. not. 5. Stübel §. 1375—1384 (der, wie Klein u. das preuß. LR., hier auch die Verjährung unterbringt). Oersted, Roßhirt a. a. O. Abegg §. 168. 169. Marezoll S. 211. 212. Mittermaier n. 3. z. F. §. 63. Zirkler a. a. O. S. 791 f. Welcker im Staatslex. II. 329 ff. Trummer a. a. O. Plochmann S. 51 ff. Mehrere der Genannten beschränken sich indessen auf den Grund c). Trummer hat nur das Eigene, daß er der (materiellen) Gerechtigkeit die Gemeingefährlichkeit substituirt. Plochmann spricht in den Fällen a. b. von außerordentlicher Begnadigung.

die Gründe beisammen, welche das Begnadigungsrecht schon auf dem reinrechtlichen Standpunkte rechtfertigen, indem sie es auf ein rechtliches Fundament stützen, und zwar nur für solche Fälle, in welchen die vom Recht selbst geforderte Herabsetzung oder Erlassung der Strafe weder durch die gesetzgebende, noch durch die richterliche Gewalt bewirkt werden kann. Letzteres ist bei den Fällen a. und b. für sich klar, da die Gesetzgebung zu b. sich selbst widerspricht, wenn sie in Einem Athem Strafe droht und Verzeihung sichert, die aus Gründen des strengen Rechts nicht abgeleitet werden kann [1]), während der Grund des Strafnachlasses im Fall a) der Gesetzgebung deshalb fremd bleiben muß, weil er auf der Voraussetzung einer außerordentlichen Kollision beruht. Nur ist es falsch, die Abolition, Begnadigung, oder Amnestie in diesen Fällen als eine Sache bloßer Politik anzusehen, womit das Recht nichts zu schaffen habe [2]). Im Falle c) versteht sich der rechtliche Charakter des Eingreifens der Centralgewalt ebenso von selbst, und es kommt nur darauf an, die Grenzen zwischen ihr und der Gesetzgebung richtig abzustecken; s. darüber §. 144 a. E. Es ist deshalb entschieden verwerflich, wenn man das Begnadigungsrecht da in Anspruch nimmt, wo es Sache der Gesetzgebung ist, einzuschreiten, z. B. durch Abänderung veralteter Strafgesetze, durch gehörige Festsetzung der Strafminima, durch gebührende Bestimmungen über das richterliche Milderungsrecht ꝛc. [3]). Ebenso unrichtig ist es jedoch, wenn man, um das Begnadigungsrecht möglichst zu beschränken, von der Gesetzgebung schon die Fürsorge für außerordentliche Fälle fordert, wenn man ihr namentlich zumuthet, nicht nur die auf konstant sich wiederholenden Verhältnissen beruhenden bestimmten Milderungsgründe anzuerkennen, sondern auch dem Richter ein ganz unbestimmtes Milderungsrecht wegen zusammentreffender Minderungsgründe einzuräumen [4]), oder die Strafminima über das Maß des gewöhnlichen Bedürfnisses herabzusetzen [5]), oder direkt resp. indirekt den Richter zur Berücksichtigung von nicht rechtlichen, d. h. aus der Handlung selbst abstrahirbaren, sondern allgemeineren sittlichen Rücksichten zu ermächtigen [6]).

---

1) Dieses Widerspruchs hat sich aber freilich die Gesetzgebung zu allen Zeiten und auch neuestens schuldig gemacht. s. z. B. l. un. §. 2 D. de l. Jul. amb. (48. 14). l. 5 §. 7. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). P.G.O. Art. 124 a. E. Sächs. Mand. 14. Dez. 1753. §. 5. Wirt. Ges. 5. März 1810. Art. 11. 35. Bair. GB. Art. 304. Wirt. Art. 144. Sächs. Art. 85. Hann. Art. 127. Braunschw. §. 69, 3. Hess. Art. 135. Bad. §. 131. Thüring. Art. 81. Oestr. §. 62. — Sächs. Entw. Art. 116. Bair. Entw. Art. 103. s. dag. Hefftter §. 185. n. 1. Abegg S. 251 (unrichtig). Marezoll S. 211. n. 3. bes. Oersted S. 461.

2) So Henke a. a. O. s. dag. bes. Oersted S. 458—461. Stübel §. 1381—1383. Andere sprechen hier geradezu von einem Nothrecht, und wollen deshalb hier gar nicht von Begnadigung gesprochen wissen. Bayl A. Arch. VI. 3. S. 93—98. u. Beitr. I. 134—141. Zirkler S. 803. Plochmann S. 82 f. nennt die Begnadigung in diesen Fällen rechtmäßig, obwohl sie der Gerechtigkeit geradezu widerspreche (!!).

3) Mittermaier Fortbildung I. 300—309. vgl. auch Oskar üb. Strafe u. Strafanstalten S. 13 f. Russel b. Mitterm. cit.

4) Viel zu weit geht hierin Mittermaier, s. zwar N. Arch. 1835. S. 546. n. 7, dag. aber eb. XIV. 274 f. Neust. Zustand S. 80 f. Vier Abh. S. 7 f. N. Arch. 1852. S. 178. 179. ebenso Plochmann S. 53. 54. Kitka u. A. (s. o.).

5) s. §. 142. Anm. 3.

6) Wie sehr die neuen Gesetzgebungen, während sie zum Theil mit den wahren

3) Gleichwohl ist die Begrenzung des Begnadigungsrechts auf den rein juristischen Standpunkt [1]) nicht richtig. Der Einwurf älterer Schriftsteller, daß die Begnadigung dadurch zu einer reinen Justizsache gemacht und gerade ihres spezifischen Charakters (eines Geschenks aus freier Huld) beraubt werde [2]), ist dagegen durchaus berechtigt, wiewohl sie wieder im Irrthum sind, wenn sie daraus schließen, daß die Gnade im Gegensatz des strengen, erzwingbaren Rechts auf die abstrakte Willkühr gestützt werden müsse [3]). Namentlich steht aber jener rein juristischen Begründung entgegen, daß sie konsequent auf ein analoges Schärfungsrecht des Regenten führt [4]). Es ist bequem, hiegegen sich auf das Prinzip der Androhungstheorie [5]), oder auf Zweckmäßigkeitsgründe [6]), oder auf das konstitutionelle Staatsrecht [7]) u. dgl. zu berufen, wodurch die Schwierigkeit umgangen wird, während die Aelteren größtentheils an der Existenz eines solchen Rechts gar keinen Zweifel hatten [8]). Allein die Wissenschaft verlangt, daß die Schwierigkeit nicht umgangen, sondern gehoben werde; s. hierüber §. 145. Ebenso bleibt die rein rechtliche Auffassung die Begründung des spezifischen Wesens der Gnade, der Freiheit ihrer Ausübung, durchaus schuldig. Konsequenter Weise müßte sie dieselbe geradezu läugnen, wie dies denn auch in Beziehung auf die Fälle §. 144 a. b. oft genug geschehen [9]) und selbst für den Fall c) theilweise eingeräumt ist [10]). Wird dagegen behauptet, daß der Regent bloß die moralische (nicht erzwingbare) Verpflichtung zur Begnadigung habe [11]), so giebt diese Ansicht sich selbst auf und geht in diejenige über, welche sie bekämpft. Wirft sie aber der letzteren gar vor, daß sie den Regenten als höhere Instanz über den Richter setze, und daß sie zur Analogie des Strafschärfungsrechts des Regenten führe [12]), so ist

---

Milderungsgründen knausern, gerade in dieser Beziehung die Grenze nicht einzuhalten wissen, darüber s. o. Unrichtig ist auch die Beschränkung des Begnad.rechts bei Beidtel Grundlagen d. Strafges.gebung S. 228.

1) so namentlich bei Henke (der übrigens politische Gründe nicht ausschließt, was hierher nicht gehört), Grolman, Feuerbach, Stübel, Bauer §. 131, Marezoll, Mittermaier, Plochmann S. 51 ff. s. dag. Jarcke I. 339. Abegg (freilich unbestimmt), Bauer Abh. I. 206. Tittmann §. 62. not. 5. Berner Theilnahme S. 136—138, u. bes. Bayl Beitr. I. 142—144. Roßhirt a. a. O. Zirkler S. 796 f. Schulze Leitfaden S. 422—424. s. auch Oersted S. 461. 462. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Breidenbach I. 1. S. 177. 178.

2) s. bes. Bayl A. Arch. VI. 3. S. 87 f. Kleinschrod a. a. O. (der aber inkonsequent wird).

3) s. dag. die Ausführung von Leibnitz über die justitia distrib. in der Diss. I. ad Cod. j. gent. §. 11 sq. u. Bayl Beitr. I. 142—144.

4) Nicht bemerkt von Oersted, Berner u. A. s. dag. Henke I. 571. 572.

5) Kleinschrod II. §. 112. 113. Tittmann §. 62.

6) Henke a. a. O. Auf das Prinzip der Humanität beruft sich Roßhirt S. 420.

7) Wächter I. S. 203. Marezoll S. 168. n. 5. Plochmann S. 57. n. 4.

8) Leyser sp. 646. m. 1—7. Schöpf de conc. delict. 1738. §. 12. Becmann de aequitate privil. odiosi. 1750. §. 27 sq. Quistorp §. 98. Gerstlacher Hdb. d. Deutsch. Reichsges. XI. 2397. u. neuerdings Trummer a. a. O. S. 208—210 (hier ganz konsequent).

9) s. bes. Bayl u. Stübel a. a. O. Trummer S. 221. Schwankend erklärt sich Plochmann S. 3. 57. 64. 82 ff.

10) Trummer S. 211. Henke I. 572. Stübel §. 1373. 1377 ff.

11) Plochmann S. 57. 58 (not. 6 ist geradezu verkehrt). 64.

12) Plochmann S. 52. 53. vgl. 62. 63. 76, wo der Regent geradezu als

letzteres offenbar ganz verkehrt und vielmehr klar, daß beide Vorwürfe gerade nur sie selbst treffen. Nicht minder verkehrt ist es, wenn der richtigen Ansicht die Vorstellung untergeschoben wird, daß der begnadigende Regent die Idee der göttlichen Barmherzigkeit zu verwirklichen habe [1]), da vielmehr nur von sittlichen, reinmenschlichen Rücksichten die Rede ist, deren Beachtung aber, weil sie nicht unmittelbar in der rechtsverletzenden Handlung liegen, dem Richter versagt sein muß [2]). Gerade daraus daß bei der Begnadigung über die objektiv sittlichen Normen hinauszugehen und die absolut sittliche Idee in's Auge zu fassen ist, und eben nur daraus folgt, daß das Recht dazu keiner Richter- oder sonstigen Behörde, sondern bloß der Centralgewalt und zwar nur der einem einzelnen Subjekt (Monarchen oder Präsidenten eines Freistaats) übertragenen zustehen kann [3]), daß daher die Gestattung seiner Verleihung an Unterthanen [4]) ebenso irrational ist als seine Uebertragung an den Senat, gesetzgebenden Körper oder eine sonstige zusammengesetzte Behörde einer Republik [5]). Denn nur das Gewissen eines Einzelnen (Höchstgestellten) ist das mögliche Medium, worin das Absolutsittliche sich als Korrektiv des Objektivsittlichen (Reinrechtlichen) geltend machen kann [6]) (§. 146). Eben hieraus folgt nun aber ferner, daß die Ausübung des Begnadigungsrechts an keine materiellen Normen gebunden werden kann, sondern in allen [7]) seinen möglichen Richtungen völlig dem gewissenhaften Ermessen des Staatsoberhaupts anheimgestellt bleiben muß. Bestimmungen über die Grenzen haben daher nur wissenschaftlichen Werth und Bedeutung für die richtige Leitung der öffentlichen Meinung [8]). Zugleich versteht sich nach der richtigen Ansicht

---

oberster Richter (!) bezeichnet wird (67. 68 wird dagegen protestirt und die Begnadigung den außerordentlichen Rechtsmitteln gleichgestellt!). s. bes. Roßhirt S. 417. Trummer S. 227—237 u. Plochmann selbst S. 68. Unklar ist auch Marezoll S. 211. n. 5.

1) Dieser Irrthum findet sich allerdings bei Gans a. a. O. Auch Roßhirt S. 423 geht zu weit.

2) Dies wird freilich geläugnet von Plochmann S. 53. 54 vgl. Blätter f. Rechtsanwendung III. 7. VII. 62, aber auf Kosten aller vernünftigen Begrenzung der richterlichen Gewalt, der hiemit das Recht der Gnade theilweise preisgegeben wird. s. dag. Trummer S. 211 u. Plochmann selbst S. 69. 70!

3) Die Bemerkung von Montesquieu VI. c. 21 trifft freilich das punctum saliens nicht, noch weniger aber die Kritik darüber von Plochmann S. 65, der davon gar keine Idee hat.

4) Wie im preuß. LR. II. 13. §. 9 (vgl. Hefftter §. 183. n. 2). s. dag. auch Plochmann S. 70. n. 12. Weit treffender war der von Letzterem naiv genannte Vorschlag von Campanella bei Schwarz D. de j. adgrat. 1647. th. 2. n. e.

5) Wie in den Schweizer Kantonen ꝛc. Plochmann S. 44. 45. vgl. bes. De Candolle l. c.

6) Wirth Ethik II. 182.

7) Schon in diesem Hauptmomente ist daher der von Plochmann als wesentlich, durchgreifend, und alle bisherigen Irrthümer abschneidend verkündigte Unterschied von ordentlicher und außerordentlicher Begnadigung (S. 64) völlig indifferent (S. 65. n. 1).

8) Roßhirt S. 418—423. Marezoll S. 211. not. 4. Das Gegentheil läge in der Konsequenz der Ansicht, welche Feuerbach, Grolman, Stübel, Oersted, Bauer, Mittermaier, Plochmann u. A. vertheidigen. vgl. Carpzov qu. 190. n. 44. Schwarz l. c. th. 5. Montesquieu l. c. Zirkler S. 801. De Candolle p. 23 sq. Die Momente, welche Plochmann

von selbst, daß der Regent auch rechtliche Gründe beachten, daß er aber seinen Ausspruch nicht in der Form eines Urtheils höherer Instanz geben darf [1]). Es kann sich daher für die Gesetzgebung nur um formelle Garantieen gegen den Mißbrauch des Begnadigungsrechts handeln. Als solche erscheinen a) Zeitbestimmungen, worüber §. 147 [2]); b) Verantwortlichmachung des begutachtenden Ministers, — bei der Abolition zu rechtfertigen, ja sehr anzurathen, dagegen nicht bei der Begnadigung im e. S. [3]), weil bei ersterer die Politik, bei letzterer die Moral den Schwerpunkt bildet, und erstere gefährlicherem Mißbrauch ausgesetzt ist; c) Forderung einer Begutachtung durch das erkennende Gericht (bei Begnad. im e. S.), die freilich nicht bindend sein kann [4]), d) Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, e) bei theilweiser Begnadigung die Vorschrift für den Regenten, sich an das gesetzliche Strafensystem und an die gesetzliche Strafskala zu halten [5]). — Die Abolition überhaupt zu untersagen [6]), wäre Verkehrtheit, wenn man die Gründe §. 144 a. b. als Begnadigungsgründe anerkennt, da hier der Zweck meist eben nur durch Abolition erreicht werden kann, was besonders von der Amnestie gilt [7]). — Völlig unrichtig ist es jedoch, wenn Manche auch die Einrichtung, daß den Sträflingen für den Fall der Besserung Nachlaß eines Theils der Strafe in Aussicht gestellt wird, beanstanden und gar für eine bloß politische Maßregel ausgeben, da sie vielmehr wesentlich unter §. 144 c. §. 145 gehört [8]) (damit sollen jedoch nicht alle Experimente gebilligt sein, die man in Verbindung mit der einseitigen Auffassung des Pönitenziarsystems angestellt hat) [9]). — Die römischrechtliche gänzliche Ausschließung der Begnadigung bei gewissen Verbrechen

---

S. 66—69 angiebt, sind nicht erschöpfend, wie er irriger Weise betont; zugleich führen sie auf ganz falsche Vorstellungen, deren Konsequenzen S. 76 zu Tage kommen (vgl. dag. S. 68 unten!).

1) s. bes. Trummer S. 227—237 u. Oersted ib. cit. Roßhirt S. 417. Plochmann S. 68 (s. jed. S. 76). vgl. die Fälle im N. Arch. IV. 632 ff. Zachariä D. Staatsr. II. 214.

2) Plochmann S. 65. 85.

3) A. M. Guizot de la peine de mort ch. 10. s. dag. Mittermaier N. Arch. XIII. 151. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Plochmann S. 70. 71. vgl. wirt. Vf.U. §. 97. Braunschw. §. 208 (fordert wenigstens ein Gutachten des O.A.Ger.).

4) N. Rev. S. 929. N. Arch. XIII. 153. Mohl a. a. O.

5) Von Plochmann übergangen. s. dag. Mohl a. a. O. N. Rev. S. 929.

6) Gegen die Abolition sind Kleinschrod II. §. 111. Stübel Krim.Verf. §. 1385 f. Tittmann §. 62. Spangenberg N. Arch. XIII. 355 f. Abegg nur gegen abol. specialis, wie Grolman §. 101. Henke I. 574 (läßt sie jedoch aus Politik zu). Jordan Staatsr. S. 371 f. Pfeiffer prakt. Ausf. III. 430 ff. vgl. noch Müller Strafproz. §. 86. s. dag. Feuerbach, Oersted, Trummer, Roßhirt, Bayl (als Nothrecht), Plochmann, Zachariä, Mohl, Zirkler, Weiß (Staatsr. S. 500).

7) Grolman, Abegg u. die in vor. Note a. E. Angef. vgl. Dupin in Sebire encycl. 1837. p. 411 sq. Mangin act. publ. II. 459 sq.

8) Oskar Strafe u. Strafanst. S. 135 f. Plochmann S. 84. n. 3. — vgl. bair. GB. Art. 12. 13. 15. Anm. I. 94. VO. 19. Nov. 1818. 28. Juli 1819. Min.Entschl. 8. Jan. 1849. Zürch. §. 38 f. Luzern. Art. 100 ꝛc. Mittermaier n. 4. z. F. §. 63. u. Vier Abh. S. 8. 12. 13. Wirth Eth. II. 183. N. Rev. §. 220. Hélie I. 124—127 u. Livingston ib. cit.

9) vgl. Lieber, Lucas u. A. b. Mittermaier n. 4 Angeff. Bonneville instit. complém. du syst. pénit. p. 156 sq. 194.

iſt heutzutage ebenſo Antiquität, wie die im 17. Jahrh. aufgekommene Anſicht, daß Begnadigung bei den im jus divinum verbotenen Verbrechen nicht ſtattfinden dürfe [1]). Ueber die im §. 148 gemachte, mit dem konſtitutionellen Syſtem zuſammenhängende Ausnahme ſ. das Staatsrecht [2]).

4) Was die Veranlaſſung zur Ausübung des Begnadigungsrechts betrifft, ſo iſt die comm. opinio mit Recht dafür, ſie nicht von einem Geſuche abhängig zu machen. Gleichwohl findet man [3]) allerlei Bedenklichkeiten gegen die eben deshalb getroffenen poſitivrechtlichen Einrichtungen, wornach theils Vorlegung aller ſchweren Straffälle von Amtswegen vorgeſchrieben, theils den Gerichten zur Pflicht gemacht oder geſtattet iſt, den Verurtheilten der Gnade zu empfehlen. Allein mit Unrecht. Denn jene Vorlegung [4]) iſt nicht als eine Vorlegung behufs der Beſtätigung zu betrachten, was allerdings gänzlich falſch wäre (übrigens freilich in Deutſchland bis auf die neuere Zeit ſehr häufig vorkam) [5]); und, wenn auch den Gerichten jenes Recht des Antrags [6]) entzogen ſein ſollte, ſo wäre ſchwer abzuſehen, wie der Regent ohne ein Begnadigungsgeſuch Anlaß zu Ausübung ſeines Rechts erhalten ſollte. Im Falle §. 144 b. iſt ohnedies eine Vorlegung Seitens des Gerichts (falls nicht die Gnade ſchon dem Geſetz einverleibt iſt) nöthig, während im Fall a) in der Regel irgend eine Vermittlung nicht erforderlich ſein wird [7]). — Daß die Begnadigung nur hinſichtlich der ſtrafrechtlichen, nie aber hinſichtlich der privatrechtlichen Folgen des Delikts wirken könne, iſt allgemein anerkannt [8]). Von den ſtrafrechtlichen die eine oder andre abſolut von der Wirkung der Begnadigung auszuſchließen, liegt kein Grund vor [9]). Da jedoch im konkreten Falle nicht nur eine bloße Strafmilderung, ſondern auch bei Erlaſſung der Strafe die Beibehaltung der einen oder andern Folge der Verurtheilung [10])

---

1) ſ. die Citt. b. Plochmann S. 34 u. Falck Encykl. 2. A. S. 105.

2) N. Rev. S. 932–934. ſ. beſ. Mohl Miniſterverantwortlichkeit u. wirt. Staatsr. I. §. 130. n. 9. Wirth Ethik II. 199.

3) ſ. z. B. Mittermaier Vier Abh. S. 9. 10 (ſ. aber S. 10 unt. ?).

4) ſ. z. B. wirt. Vf.U. §. 96. 97. Strafpr O. Art. 432. Schwurger.Geſ. Art. 189. 190. Geſ. 17. Juni 1853. Art. 5. öſtr. Strafpr.O. §. 293. braunſchw. Vf.U. §. 193. preuß. Strafproz. v. Frantz S. 114–116.

5) z. B. preuß. Krim.O. §. 508—512. j. Reſkr. 4. Nov. 1831. vgl. über Hannover, Baden ꝛc. Mittermaier Strafverf. §. 200. n. 15. vgl. Zachariä D. Staatsr. II. 208. Schmid Beitr. z. Krim.rechtswiſſ. S. 165 ff.

6) z. B. bair. GB. Art. 96. hannövr. Art. 97. wirt. Strafpr.O. Art. 432. vgl. Hufnagel I. 288—290.

7) Plochmann S. 72–74. 85. 86.

8) ſ. jed. Stübel Krim.Verf. §. 1405. 1406. Ueber die Grenzen der Giltigkeit des Satzes beſteht von jeher Streit. vgl. Leyser sp. 626. Wildvogel de abol. 1727. §. 35. Engau de abol. 1754. §. 24. Seger de abol. §. 3 a. Hommel rhaps. obs. 676. Koch instit. §. 980. Schorch resp. 279. nr. 34—73. Quiſtorp §. 859. 860. Tittmann §. 62. a. E. Böhmer Cons. II. 1. c. 376. Spangenberg N. Arch. XIII. 355 f. Heffter §. 184. n. 1. Abegg S. 251 unt. Plochmann S. 74. 75. 78. 79. 86.

9) Daß das röm. Recht hierin für antiquirt erachtet werden ſollte (ſ. übr. Hufnagel I. 287), ſagt auch Plochmann S. 75. n. 10. vgl. S. 89. 90. Indeſſen beſtehen nach neuerem Staatsrechte Ausnahmen, welche der Beſorgniß vor dem Mißbrauch des Begnadigungsrechts entſtammen.

10) namentlich der Ehrenfolgen. Sieht man freilich richtiger die ſog. Ehrenfolgen als einen Theil der Strafe an, ſo iſt Alles einfach, d. h. es liegt betr. Falls eben eine unvollſtändige Begnadigung vor.

gerechtfertigt sein kann, so wäre es sehr wünschenswerth, wenn bestimmte Normen über die strafrechtlichen Folgen der Begnadigung gegeben, resp. die Dekrete stets bestimmt gefaßt würden. Denn nichts kann mit dem Begriff der Gnade und der Würde des Staatsoberhaupts unverträglicher sein, als der herkömmliche Grundsatz [1]), daß Begnadigungen als Privilegien strictissime auszulegen seien [2]), — ein Grundsatz, der freilich bei dem gegenwärtig herrschenden Systeme der Verzettelung der strafrechtlichen Folgen in andern Gesetzen außerhalb des Strafges.buchs und des Mangels aller, oder fast aller Normen über die Wirkung der Gnade unvermeidlich ist. Die römischrechtlichen Auslegungsregeln passen auf die modernen Rechtszustände nicht mehr, da von römischer Infamie, allgemeiner Vermögenskonfiskation ꝛc. keine Rede mehr ist [3]). Für die modernen Zustände aber fehlt es an leitenden Grundsätzen, soweit sie nicht aus dem Begriff selbst genommen werden können, fast ganz, und die, welche sich vorfinden, entsprechen zum Theil dem Begriff nicht. Von der Abolition zwar scheint angenommen werden zu müssen, daß sie schlechthin alle strafrechtlichen Folgen des Delikts tilge [4]). Und in der That versteht sich dies von allen Folgen, die eine Verurtheilung voraussetzen, von selbst (daher namentlich auch von allen sog. Ehrenfolgen nach neuerem Rechte) [5]). Dagegen versteht es sich nicht ebenso von selbst von etwaigen Wirkungen der bereits stattgehabten Untersuchung, wenn sie nicht rückwärts annullirt wird, namentlich nicht von der Verbindlichkeit die Kosten zu tragen, soweit sie auch einem Freigesprochenen auferlegt werden kann [6]); desgleichen von gewissen staatsrechtlichen Nachtheilen, die nicht selten mit dem Umstand verbunden werden, daß man in Untersuchung gestanden habe, ohne freigesprochen worden zu sein. Unfehlbar ist es begriffswidrig, und bei der (freilich an sich verwerflichen) Abolition außer den Fällen a. b. (§. 144) auch ungerecht [7]), sie in der fraglichen Beziehung der Freisprechung nicht gleichzustellen. Allein von selbst versteht sich diese Gleichstellung nicht [8]). Die Begnadigung im e. S. dagegen setzt ein ver-

---

1) Quistorp §. 852 (der sich freilich hieran nicht bindet). Püttmann Elem. §. 1058 (s. jed. §. 1061. not. h.). Heffter §. 184. n. 3—6 (referirt nicht genau). Marezoll S. 214. n. 2. Abegg S. 251 (nach Heffter).

2) Plochmann S. 76. Note 10 (s. aber S. 86 ff.).

3) Daher ist das Meiste von dem, was Heffter beibringt, veraltet oder gänzlich vag. Roßhirt S. 425.

4) Wildvogel §. 38. Leyser sp. 626. Hommel obs. 676. Quistorp §. 858. Püttmann §. 1058. Selchow Rechtsfälle IV. n. 108. Müller Strafproz. §. 86. Heffter §. 184. n. 9. Plochmann S. 86. 87. Früher war die Unterscheidung hergebracht, ob nur die Untersuchung gegen den Begünstigten wegfallen oder das Andenken der ganzen That getilgt sein soll. s. auch Klein §. 183.

5) Die Abolition steht hierin der Prozeßverjährung durchaus gleich, namentlich auch darin, daß aus dem abolirten Delikt kein Straferhöhungsgrund (resp. Grund einer Rückfallsstrafe) für ein späteres entsteht.

6) Ohne diese Limitation behaupten es Böhmer ad C. qu. 150. obs. 3. Quistorp §. 859. Henke IV. §. 21. Heffter §. 184. n. 1. — Das Gegentheil behaupten Leyser l. c. Plochmann S. 87 ob. Die Limitation ist freilich bestritten, Mittermaier Strafverf. §. 198. s. aber bes. not. 6.

7) da ja die betr. Person unschuldig sein kann.

8) Ausdrücklich findet sich die Gleichstellung z. B. im hess. Ges. 28. Sept. 1842. Art. 4. s. dag. z. B. hannövr. Vf.Ges. 1840. §. 94 (wo aber der König bei nicht entehrenden (?) Verbrechen rehabilitiren kann).

urtheilendes Erkenntniß voraus, und hebt nur deſſen Folgen ganz oder theilweiſe auf. Es iſt eine Folge der unrichtigen reinrechtlichen Auffaſſung, wenn ſie dem freiſprechenden Erkenntniſſe gleichgeſtellt und als das richterliche Urtheil (gleichſam in höherer Inſtanz) aufhebend angeſehen wird [1]). Denn damit wird das richtige Verhältniß der Staatsgewalten aufgehoben und der Gnade ein Charakter beigelegt, der ihrem Begriff widerſpricht. Es iſt ſogar zweideutig, wenn die Begnadigung neben Tod, Strafverbüßung, Verjährung (resp. Freiſprechung) ohne Weiteres als Grund der Tilgung des Verbrechens hingeſtellt wird [2]). Vielmehr zeigt ſich für den Fall, daß ſpäter wieder Verbrechen, resp. gleichartige begangen werden, ein weſentlicher Unterſchied. Ein Erſchwerungsgrund (resp. Rückfall) iſt hier nicht anzunehmen, wenn Freiſprechung, Prozeßverjährung oder Abolition eingetreten, wohl aber wenn die Strafe verbüßt, Strafverjährung oder Begnadigung erfolgt war [3]). Abgeſehen hievon müßte aber allerdings begriffsmäßig eine ohne ausdrückliche Beſchränkung ertheilte Begnadigung alle ſtrafrechtlichen Folgen aufheben [4]). Gleichwohl kann dies nach dem neueren Staatsrecht nicht unbedingt angenommen werden, da dieſes nicht ſelten verſchiedene politiſche Nachtheile (Ehrenſtrafen), ohne ſie als Strafe zu charakteriſiren, unter dem Titel von Folgen einer Kriminalunterſuchung aufführt [5]) und nur infolge eines freiſprechenden Erkenntniſſes, welchem eine Begnadigung keineswegs ohne Weiteres gleichgeſtellt werden kann, wegfallen läßt [6]).

---

1) Stübel §. 1408. Heffter §. 184. n. 11 (der ſich freilich nur auf das röm. Recht beruft). beſ. aber Plochmann S. 76—80, allerdings nur für das, was er ordentliche Begnad. nennt.

2) Feuerbach §. 62. Abegg Krim.proz. §. 192. Lb. S. 252. Heffter §. 180 (mit Unrecht ſtellt Plochmann S. 2. n. 5 die beiden letztern Feuerbach gegenüber). Bauer §. 130. ſ. dag. Wächter Rubrik vor §. 125. Martin §. 102.

3) Daher ſind Heffter not. 10. Abegg S. 252 ſehr inkonſequent, was Plochmann mit Recht geltend macht. vgl. auch Bauer Abh. II. 108, der ſchwankend iſt. ſ. dag. Martin §. 102. Tittmann §. 115. Plochmann läßt dies nur von der „außerordentlichen" Begnad. gelten. Ueber das poſ. Recht ſ. o.

4) Dies folgt aber lediglich aus dem ſeiner Natur nach unbeſchränkten Begriffe der Gnade überhaupt, daher die Beſchränkung auf die „ordentliche" Begnad. bei Plochmann höchſt willkührlich iſt. Ueberdies iſt die Deduktion bei dieſer aus der Gleichheit mit dem freiſprechenden Erkenntniſſe falſch und die ganze Unterſcheidung höchſt unpraktiſch, da der Regent ſeine Motive anzugeben nicht ſchuldig, und der Richter zu keiner den Willen des Regenten willkührlich deutenden Auslegung berechtigt iſt. Eine Abweichung vom Recht liegt in beiden Fällen vor, und durch die beliebte Unterſcheidung würde dem Richter eine Kritik über den ſittlichen Werth der Motive des Regenten eingeräumt. Noch dazu hat das für dieſe Kritik aufgeſtellte Prinzip ſelbſt ſehr problematiſchen ſittlichen Werth, und erſcheint um ſo nichtsſagender, da in den für bedenklich gehaltenen Fällen dem viel bedenklicheren Mittel der Abolition dadurch nicht vorgebaut wird.

5) Deshalb hat Debes Aufſätze aus d. Gebiet des bair. R. S. 38 f. allerdings poſitiv-rechtlich Unrecht, in der Sache ſelbſt aber (A. M. Plochmann S. 78 Not.) ganz Recht.

6) ſ. z. B. bair. Vf.U. Tit. VI. §. 12. hannövr. §. 94 (ſ. jed. oben). gr.herz. heſſ. §. 60 (Breidenbach I. 1. S. 176). Wo dagegen eine ſolche politiſche Unfähigkeit nicht ſchon mit der Verhängung der Unterſuchung, ſondern nur mit der Verurtheilung verbunden iſt, da liegt allerdings kein Grund vor, ſie von der Wirkung der Begnadigung auszuſchließen, ohne daß man dieſer darum den Charakter eines freiſprechenden Urtheils beilegen müßte, ſondern einfach deshalb, weil mit dem

5) Daß der Begnadigte auf die Gnade nicht verzichten könne, folgt aus der gesammten Auffassung der Begnadigung als eines Akts höherer Gerechtigkeit, mag es sich nun um die Fälle a. b. [1]) des §. 144 oder um den Fall c. handeln. Denn dadurch wird die Anwendbarkeit des Satzes: beneficia nemini obtruduntur [2]) ausgeschlossen; im Gegentheile wäre es Ungerechtigkeit und Barbarei, wenn der Staat in diesen Fällen die gesetzliche Strafe vollzöge. Noch weniger stichhaltig sind die aus der Präventionstheorie genommenen Gründe [3]). Auch der für den Fall der gesetzlichen Zusicherung der Begnadigung an Sträflinge, die sich bessern, geltend gemachte privatrechtliche Gesichtspunkt des unter Voraussetzung der Genehmigung der Regierung statthaften Verzichts auf ein erworbenes Recht ist nicht richtig, da die Zusicherung nur von der Bedingung der Besserung, nicht aber von der Annahme des Verbrechers abhängig gemacht ist [4]). Nur im Fall einer nicht aus höheren politischen Gründen ertheilten Abolition kann man gerechte Zweifel hegen [5]), die aber freilich nur mit dem allgemeinen Zweifel an der Statthaftigkeit der Abolition in solchen Fällen überhaupt zusammenfallen, den Richter jedoch im konkreten Fall durchaus nicht berechtigen, dem Verzicht des Angeschuldigten gegen den Machtspruch des Regenten Statt zu geben [6]). Desgleichen wäre es freilich ein grobes materielles Unrecht, wenn unter dem Titel der Gnade statt einer milderen vielmehr eine härtere Strafe der gesetzlichen substituirt würde. Dem ist aber, wie andern Mißbräuchen, durch eine richtige Organisation des Strafsystems vorzubeugen [7]). Auch ist es gerade um der vorliegenden Frage willen dringend geboten, den Regenten bei der Strafmilderung aus Gnade an das gesetzliche Strafsystem zu binden, da es außerdem sehr ungerecht wäre, dem Begnadigten ein ungesetzliches Uebel statt des gesetzlichen wider seinen Willen aufzudrängen [8]). —

Grund (der ausgesprochenen Strafe) auch die Folge wegfallen muß, wenn sie nicht ausdrücklich vorbehalten wird. s. braunschw. GB. §. 68. bad. §. 24. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 98. n. 3 (dessen Motiv zu weit geht). s. aber Hufnagel I. 287. vgl. Reyscher publ. Verf. S. 308 f. Deutsch. Staatsarch. 1840. V. 1—18. Zirkler d. staatsb. Wahlrechte der Verurth. u. Begn. Zachariä Staatsr. I. 598. n. 8 (2. A.), der sich nicht entscheidet, und sonderbarer Weise die Frage durch die Ueberlassung der Entscheidung an die Ständeversammlungen für erledigt hält, überdies aber die Frage selbst unrichtig stellt.

1) In diesen Fällen hätten schon die Aelteren, welche hier ein Staatsnothrecht annahmen, für den Satz sein sollen. s. indessen noch Weiß Staatsr. S. 717.

2) Davon geht Steiger Verm. Aufsätze nr. 5 aus. vgl. Hartlebens deutsche Justizfama 1804. I. nr. 48. 49. Henke I. 573 (inkonsequent, da er wenigstens theilweise Begnad. zuläßt).

3) s. dag. Oersted Grundreg. S. 464 ff.

4) Roßhirt (S. 423. 424) sagt daher selbst, daß ein einseitiger Verzicht des Verbrechers wirkungslos wäre, wodurch die ganze Frage unpraktisch wird. vgl. Hefftter §. 185. n. 2. Plochmann S. 88. 89.

5) Tittmann §. 62. not. 5 a. E.

6) A. M. Marezoll S. 213. not. 2. s. dag. Plochmann S. 65. n. 1. S. 76. 88.

7) Auf das subjektive Meinen des Begnadigten hinsichtlich der Härte der Strafe kommt nichts an. vgl. Oersted a. a. O. Trummer S. 224—226 (nimmt freilich sogar ein wirkliches Schärfungsrecht des Regenten an).

8) s. die Verhandl. b. Hufnagel I. 285—288. Strafgb. m. Anm. S. 124. nr. 5. 6. S. 499. N. Rev. S. 929. n. 2. Breidenbach I. 1. S. 173.

Im Ganzen iſt wohl heutzutage die comm. opinio für den fraglichen Satz [1]). Anders war es allerdings in früherer Zeit, da man die Gnade eben nur als Privilegium und Benefiz anſah [2]).

6) Das Recht der Begnadigung im e. S. iſt in Deutſchland allerſeits anerkannt, im Sinne der Erlaſſung oder Milderung der Strafe, wie der Reſtitution, jedoch in Beziehung auf Aufhebung gewiſſer mit einer Krim.unterſuchung, resp. Verurtheilung verbundenen Folgen nicht überall unbedingt [3]). Nicht ſo (theilweiſe [4]) wenigſtens mit Recht) das der Abolition, welches in mehreren Staaten ganz [5]), in andern wenigſtens für gewiſſe Fälle ausgeſchloſſen iſt [6]).

---

1) Quiſtorp §. 848. Weſtphal Krim.R. S. 939. Tittmann, Oerſted, Trummer a. a. O. Roßhirt S. 423. Hefftter §. 184. n. 7. Marezoll S. 213. Plochmann S. 80—82. 88. 89. Zachariä Staatsr. II. 215. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Zirkler S. 805. Mittermaier n. 7. z. F. §. 63. Buma l. c. p. 56 sq. Suringar l. c. p. 74.

2) ſ. die Beiſpiele bei Carpzov u. noch den C. Max. II. c. 11 §. 3, der jedoch bereits bei Leibes- u. Lebensſtrafen den Verzicht ausſchließt. Ebenſo preuß. Reſkr. 22. Juni 1813. — In Schweden u. Norwegen dagegen ſteht die Giltigkeit des Verzichts grundgeſetzlich feſt. vgl. den N. Arch. 1836. S. 24. n. 37 mitgetheilten Fall.

3) Anm. 5. vgl. auch noch hinſichtlich der Orden Mohl wirt. Staatsr. I. §. 53. Ueber §. 50 der großh. heſſ. Vf.U. ſ. Breidenbach I. 1. S. 176. 177. 429. 430.

4) Plochmann S. 85. not. 4. vgl. Weiß ib. cit.

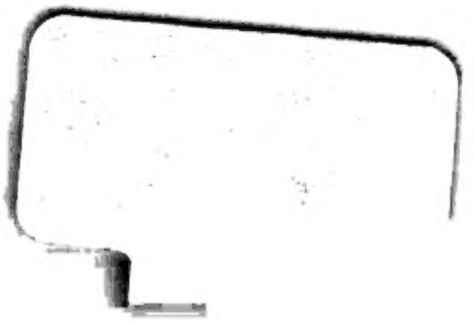
5) ſo in Baiern (A. M. Debes a. a. O. S. 34). Baden (A. M. Roßhirt S. 430. 431).

6) ſ. z. B. großh. heſſ. Vf.U. §. 50. kurheſſ. §. 126. Ausſchließung der Abolition (resp. der Begnadigung) bei Verurtheilungen wegen Verfaſſungsverletzung ſ. z. B. in der wirt. Verf.U. §. 205, braunſchw. §. 111, kurheſſ. a. a. O., hildburgh. §. 63, meining. Art. 106.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google